DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

Alcances de su protección jurídica

María Bibiana Nieto



DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

MARÍA BIBIANA NIETO

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

ALCANCES DE SU PROTECCIÓN JURÍDICA



Nieto, Bibiana
Derecho a la intimidad del niño : alcances de su protección jurídica / Bibiana Nieto. - 1a edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : El Derecho, 2021.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-8368-44-3

1. Derecho. 2. Protección a la Infancia. 3. Fallos de la Corte. I. Título.
CDD 346.0135



Alicia M. de Justo 1300 - CABA
Buenos Aires, República Argentina, mayo de 2021

ISBN: 978-987-8368-44-3

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentine - Impreso en la Argentina

ÍNDICE

PRÓLOGO

Es un honor prologar el presente trabajo de la Dra. Bibiana Nieto, quien ha demostrado un aquilatado itinerario en sus investigaciones referidas en principio al derecho a la intimidad, y ahora se amplía el mismo para centrarlo en los menores de edad y analiza la colisión con el derecho a la información que puede entrar en conflicto con la preservación de aquellos a los cuales la sociedad tiene que proteger.

Aquí se advierte no solamente la formación ius-privatista de la autora, sino que se potencia con un acercamiento al Derecho Constitucional para concluir con una esmerada lectura desde la perspectiva iusfilosófica, temática que también se aborda en la obra.

El derecho a la intimidad es el derecho humano fundamental que permite a las personas mantener ciertos ámbitos de su vida a resguardo de intromisiones arbitrarias de terceros. En lo que hace a nuestra legislación fundamental es sabido que a partir del artículo 19 de la Constitución Nacional, la cuestión tuvo acogida en una de las reformas que se dispuso sobre el Código de Vélez Sarsfield y posteriormente se incorporó en leyes especiales y recientemente en el Código Civil y Comercial.

Actualmente, con la difusión del uso de las redes sociales se presentan nuevos desafíos para sus usuarios, en especial los niños. En concreto, con relación al respeto de la intimidad de las personas menores de edad aparecen distintas agresiones que teniendo en cuenta su falta de madurez e inexperiencia para hacer frente a estas lesiones de su intimidad, hacen necesario generar conciencia sobre la situación de vulnerabilidad de los niños respecto de los derechos implicados, para prevenirlas.

Desde tal perspectiva se torna conveniente establecer procedimientos que fortalezcan la salvaguarda del derecho a la intimidad de los menores de edad, por ejemplo, mediante la exis-

tencia de protocolos de actuación para las instituciones educativas y en todas aquellas actividades en que los mismos pueden verse involucrados.

El derecho a la intimidad, al implicar un ámbito reservado, exento de la mirada y curiosidad de terceros, requerido para asegurar la autonomía de la persona, se vincula directamente con su dignidad, la que se encuentra actualmente protegida por el artículo 51 del CCyC, que establece: *"Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*".

Asimismo, el Código Civil y Comercial vigente garantiza la protección frente a las afectaciones a la misma, entre las que está la lesión a la privacidad en el artículo 52, que prescribe: *"Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos […]*".

Como se advierte, ya el tema ha adquirido una notoria protección legal. Incluso se encuentra previsto en lo que se refiere al derecho de daños en cuanto refleja en el artículo 1770 del reciente código las acciones que posee el damnificado para la protección de la vida privada cuando dice: *"El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena, publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación".*

Desde esta perspectiva, la obra que se prologa, hace un detallado análisis de todas las cuestiones que se han reflejado, con lo cual resulta de imprescindible consulta si se trata de conocer no solamente cómo el tema se ha abierto camino en el campo legislativo sino la acogida jurisprudencial que tuvo, y las no pocas diferencias doctrinarias que ha generado.

En rigor, el derecho a la intimidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar, sino también a otros aspectos de la personalidad espiritual, física y psíquica, que hacen a la integridad

corporal o a la imagen y nada puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad.

Es del caso imaginar cómo ello adquiere principal relevancia cuando se trata de tales cuestiones aplicadas a un menor de edad, donde es inadmisible la intromisión, salvo situaciones de gravedad.

Este criterio es el que ha fijado invariablemente nuestro más alto tribunal, y en este caso debe recordarse que, si bien los ámbitos judiciales resuelven sobre casos concretos y aplican lo justo en lo particular, es allí donde determinadas cuestiones que se refieren al ámbito del bien común adquieren relevancia.

Es aquí donde cobra importante vigencia el principio de que ningún derecho puede ser entendido como absoluto; no es ajeno al ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los recaudos que le corresponden.

Aquí cobra importancia las definiciones de la obra que se prologa, en cuanto que advierte la dificultad que puede surgir si la libertad de prensa se privilegia como un derecho absoluto y esto puede generar perjuicio a la intimidad de los niños.

No se trata de olvidar que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Sin perjuicio, bajo determinadas circunstancias, de que el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de los terceros.

Precisamente aquí es donde aparece la formación también iusfilosófica de la autora, ya que asume el interés superior de los menores no desde una perspectiva positivista, sino que analiza el mismo desde la perspectiva de los principios jurídicos, que están más allá de la definición de los principios generales del derecho de la dogmática jurídica; ello implica que son bienes humanos básicos que toda persona inclinada por su naturaleza descubre por evidencia y procura espontáneamente para su perfección.

Tales principios no necesitan ser consagrados en un texto escrito, sino que adquieren relevancia por su propia entidad. Y precisamente es importante resaltar las conclusiones que sobre este tema se llevan adelante en la obra, que con loable solvencia conduce a aceptar el desafío de discernir aquellos valores en cuya defensa está comprometido no solamente el orden jurídico sino la salud moral de una comunidad.

Es del caso esperar que este libro no sea la culminación de una importante investigación, sino una obra que permita a otros estudiosos indagar más en el tema, y que la finalidad de argumentar a favor de la intimidad de los menores siga acompañando a la autora en esta enjundiosa misión.

Gabriel Limodio
Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica Argentina.

INTRODUCCIÓN

Esta obra se enmarca en la problemática jurídica vinculada al ejercicio y goce de dos derechos humanos fundamentales que, con frecuencia, es preciso armonizar: el derecho a la intimidad de los niños y el derecho a la información de los periodistas.

Por una parte, la intimidad personal y familiar constituye un derecho fundamental de la persona, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como inherente a su dignidad. Por otra, el derecho a la información posee un relieve peculiar en el Estado constitucional de Derecho, en orden a la formación de la opinión pública, el control de las acciones de los funcionarios públicos, el ejercicio responsable de los derechos políticos por parte de los ciudadanos, entre otras finalidades.

El acceso a la información se produce, normalmente, a través de la actividad profesional de los periodistas, que en general, en la actualidad trabajan en instituciones públicas o en empresas periodísticas privadas, cuyo objeto es la investigación, acopio, edición y difusión de información de interés público, con la finalidad de obtener un beneficio económico. En este último supuesto, la rapidez del flujo informativo y el fin de lucro llevan en ocasiones a las empresas periodísticas a recabar y difundir información sin la prudencia y el cuidado debido para evitar divulgar hechos de la vida privada de las personas, sucesos inexactos o agraviantes, que lesionan derechos personalísimos de los involucrados en una noticia. Y, peor aún, en algunos casos, lo hacen a sabiendas de la falsedad o el potencial dañoso para dichos derechos. Esto se constata, por ejemplo, cuando el contenido de la información difundida no se dirige a formar la opinión pública o a enriquecer el debate público, sino a satisfacer abyectos deseos de conocer detalles de las vidas privadas de las personas, que, por pertenecer a su intimidad, en principio, deben quedar reservados a ella y a su entorno, y fuera del conocimiento de terceros.

Esta realidad que acabo de describir se agrava cuando se involucran a menores de edad en la difusión de noticias de la vida privada y familiar. Observamos, en la vida cotidiana, que los niños son requeridos en diversos ámbitos de la sociedad. Por ejemplo, están presentes, en general con autorización de sus padres, en el cine, el teatro, los programas de TV, el mundo de la moda, la publicidad, el deporte profesional, etc. Se suma a esto el progreso tecnológico que facilita considerablemente la reproducción, exposición y distribución de imágenes de las personas. Por esta razón, el peligro de la lesión al derecho a la intimidad es mayor que en épocas pasadas. Y es preciso tener en cuenta que los niños están en una situación de mayor vulnerabilidad que los adultos, por su condición de personas en desarrollo. Como consecuencia, la protección de los derechos de la personalidad de los niños y adolescentes y, más específicamente, del derecho a la intimidad y a la propia imagen, en la actualidad, cobra una gran importancia práctica. Cabe aclarar que en el presente trabajo abordo el derecho a la propia imagen, en la medida en que, a través de su difusión, puede lesionarse el derecho a la intimidad.

A través de las páginas del libro expongo las diferencias existentes entre la protección del derecho a la intimidad de los adultos respecto de los menores de edad en el sistema jurídico argentino; y pongo de manifiesto de qué modo se plasma la especial protección del derecho a la intimidad del niño, en los fallos de la CSJN, cuando se dirimen conflictos con el ejercicio del derecho a la información de los periodistas en el ámbito de los medios gráficos y de la TV –no abordo las cuestiones vinculadas a los medios de comunicación digitales.

La obra está estructurada en cuatro capítulos. En el primero analizo las normas jurídicas que regulan los derechos a la información y a la privacidad en general, y en el tercero, el derecho aplicable a la protección del derecho a la vida privada del niño. En el segundo y en el cuarto, examino los fallos relevantes de la CSJN e individualizo los estándares jurisprudenciales utilizados por ella para resolver los conflictos surgidos entre ambos derechos fundamentales, con ocasión del ejercicio profesional de informar por parte de los periodistas. La pertinencia de la exploración de la Jurisprudencia del máximo Tribunal de nuestro país, radica en su condición de fuente del Derecho indiscutida.

En nuestro sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por parte de los tribunales que,

para encontrar la solución justa del caso, deben fijar los contenidos o pautas inicialmente vagos de la ley, resolver sus incertidumbres, o desentrañar y adecuar las reglas de contenido dudoso u oscuro. Y a esto se añade la práctica común de los abogados y jueces de consultar sentencias judiciales y utilizarlas para dar mayor fuerza a sus argumentos y pretensiones en el primer supuesto; y, a sus sentencias, en el segundo.

Al publicar este libro albergo la esperanza de que sea útil a los operadores jurídicos que tienen encomendada la protección del derecho a la intimidad e imagen de los niños, y a los profesionales de la información que desean cumplir su alta misión de manera honesta y respetuosa de los derechos de todos y, en especial, de los menores de edad.

La autora

Capítulo I

DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

I. Introducción

El objetivo del presente capítulo es determinar el concepto, el contenido y la regulación normativa de los derechos a la intimidad y a la información en Argentina, a fin de estar en condiciones, en el capítulo segundo, de analizar los fallos de la CSJN que han resuelto conflictos entre ambos derechos, y seguidamente, sistematizar la doctrina emanada de ellos.

Con ese fin, estudiaremos la evolución histórica de la protección del derecho a la intimidad en los países de cultura occidental, y en el sistema jurídico argentino.

Comenzaremos el estudio con un sucinto análisis etimológico, semántico, filosófico y jurídico de la palabra *intimidad*. Posteriormente, nos adentraremos en el origen y en la evolución histórica de la protección jurídica de este derecho, que, si bien es inherente a toda persona humana, por el hecho de ser tal, las primeras declaraciones de Derechos Humanos que se elaboraron en el siglo XVIII no lo contemplaron expresamente. Recién a mediados del siglo XX, frente a los avances tecnológicos que modificaron las costumbres y la cultura de la humanidad, se vio necesario proteger un derecho que, hasta ese momento, se gozaba con aceptable regularidad.

Continuaremos el trabajo investigando la protección de la intimidad en el Derecho argentino y su evolución. En esta parte del estudio, analizaremos brevemente las normas constitucionales, que garantizan el derecho a la intimidad: los artículos 18, 19, 43, inc. 3º, de la Constitución Nacional, y cinco tratados internacionales incorporados a ella en 1994, mediante el artículo 75, inc. 22. Pro-

seguiremos, con el análisis de la evolución de la protección del derecho a la intimidad en el Derecho Civil argentino. En esta parte del estudio, consideraremos el artículo 1071 bis, que reglamentó este derecho personalísimo, desde 1975, cuando fue incorporado al Código Civil de Vélez; y cuyo contenido fue explicitándose en el transcurso de los años, mediante el aporte de la doctrina y la actividad jurisprudencial. Posteriormente, nos avocaremos a la exploración del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1º de agosto de 2015, que contempla el derecho a la intimidad en el artículo 52, referido a las afectaciones a la dignidad; y también, en el artículo 1770, que especifica acciones concretas de protección de la vida privada, reproduciendo, con pequeñas modificaciones, el artículo 1071 bis derogado. Y habiendo constatado que, dentro de las variadas formas de lesionar la intimidad, se encuentra la captación y difusión de la imagen, en situaciones vinculadas con la esfera íntima, aunque se trata de un derecho autónomo, haremos alusión al derecho a la imagen regulado expresamente en el artículo 53 del Código Civil y Comercial.

Una vez finalizado el abordaje de la protección jurídica del derecho a la intimidad, nos introduciremos en el análisis del derecho a la información. Para ello, estudiaremos el paso del amparo de la libertad de expresión y de prensa –reconocido como derecho a fines del siglo XVIII– a la protección de un derecho más amplio que es, precisamente, el derecho a la información, en los sistemas jurídicos occidentales. Esto implicará el estudio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han reconocido este Derecho Humano con diferente alcance.

Seguidamente, analizaremos la tutela de ambos derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Exploraremos los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, Tratado que goza de jerarquía constitucional, desde 1994, para desentrañar el contenido y los alcances del derecho a la información. A continuación, afrontaremos la cuestión de la prohibición de censura previa en la Constitución Nacional, mostrando que no hay acuerdo entre los juristas argentinos sobre si es absoluta o relativa. También trataremos la postura actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación de la prohibición de censura previa prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, elaboraremos las conclusiones del capítulo.

II. Derecho a la intimidad. Significado de intimidad desde el punto de vista etimológico, semántico, filosófico y jurídico

Etimológicamente, intimidad proviene de íntimo; "intimo procede de *intimus*, que es una variación filológica de *intumus*, forma superlativa del adverbio *intus*, dentro. Intimo es pues, aquello que está lo más dentro posible. No sólo lo que está en el interior del hombre, sino lo que está en el cogüelmo mismo de la humanidad"[1].

En cuanto a la definición semántica, podemos señalar que la segunda acepción de la palabra *intimidad* recogida por el *Diccionario de la Real Academia Española* es "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia"[2].

Desde el punto de vista filosófico, la intimidad es una nota característica de la persona humana que consiste en una "apertura hacia dentro", que le permite tener un mundo interior abierto a sí mismo y oculto a los demás. El conocimiento intelectual y las voliciones, por ser inmateriales, no se manifiestan orgánicamente; son "interiores". Los pensamientos y los amores sólo los conoce quien los tiene, y estando dentro de sí mismo, le pertenecen. El hombre por ser dueño de su interioridad puede decidir si los comunica o no, mediante el lenguaje o mediante la conducta[3].

Desde el punto de vista jurídico, el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, que consiste en el goce de un ámbito en el cual la persona puede desarrollar su vida libre de toda intrusión, fisgoneo, vigilancia o control indebidos por parte de terceros, así como de su divulgación[4].

1. Desantes Guanter, José M., "Intimidad e información, derechos excluyentes", en *Rev. Nuestro Tiempo*, nº 213, marzo 1972, Pamplona, Eunsa, p. 18.

2. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Voz: Intimidad, T. II, 21ª ed., Madrid, 1998. En adelante citaremos *DRAE*.

3. Conf. Yepes Stork, Ricardo, *Fundamentos de Antropología*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1977, pp. 76-78.

4. Cifuentes lo define de este modo: "El derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses púbicos". Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, p. 544. Ekmekdjian afirma que "es uno de los contenidos del derecho a la dignidad y consiste en la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado,

En cuanto derecho personalísimo, es un Derecho Subjetivo esencial que, por ser inherente a la naturaleza humana, corresponde a todo ser humano por el hecho de ser tal, desde su nacimiento hasta su muerte, y que le permite desenvolverse en la vida social, de acuerdo con su dignidad[5].

Protege lo que comúnmente se denomina "vida privada"; incluye lo íntimo, lo personal, lo familiar y algunos aspectos del ámbito social y laboral. Toda persona despliega un conjunto de conductas que, por su naturaleza, no está destinado a ser publicitado ni interferido sin su consentimiento. Datos de la intimidad de una persona son, por ejemplo: su estado de salud, sus conflictos de pareja, sus gustos y formas de descansar, su situación financiera, etc. A su vez, como todo derecho, su ejercicio no es absoluto. El derecho a la reserva y sustracción del conocimiento e interferencias de terceros encuentra su límite en las exigencias de bien común, ya se trate de imperativos sociales o intereses públicos.

De los parágrafos precedentes se infiere que la noción de intimidad, desde el punto de vista del Derecho, es más amplia que la noción de intimidad ofrecida por la etimología de la palabra, su definición semántica y su concepto filosófico; consecuentemente, la protección jurídica abarca esa mayor extensión.

Por último, podemos afirmar que en la base de la protección jurídica de la intimidad está el respeto a la dignidad de la persona humana. Por eso es importante tener en cuenta que el texto legal que tutela este derecho personalísimo no es suficiente para salvaguardarlo, sino que es preciso que los ciudadanos sean educados en el valor de la intimidad propia y ajena, y en la necesidad de su aprecio

---

mediante cualquier tipo de intromisiones". Ekmekdjian, Miguel Ángel, "El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño, el orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa", *LL*, 1997-D-98.

5. Los caracteres del derecho a la intimidad son los de todo derecho personalísimo; innato: se adquiere por el solo hecho de ser persona; su título es la naturaleza humana; vitalicio, consecuencia del carácter anterior, el titular los posee durante toda su vida; inalienable: está fuera del comercio; imprescriptible: no se pierde por el transcurso del tiempo o por su abandono; extrapatrimonial: por ser su objeto bienes inmateriales de la persona, no tiene contenido económico, aunque su lesión puede dar lugar al nacimiento de derechos patrimoniales; absoluto, en el sentido de oponibles *erga omnes*. Conf. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. 1, 20ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003, pp. 246-247.

y consideración para gozar de una sana convivencia. En este sentido, creemos que la formación deontológica de los profesionales de la información es fundamental para que éstos colaboren en la toma de conciencia de los ciudadanos acerca de que respetar la intimidad de las personas es honrar su dignidad. En definitiva, para vivir en un clima de respeto por la privacidad, es fundamental el aporte que pueden hacer los periodistas, a través de su labor profesional, para la formación de dicho clima[6].

Advertimos que, en el presente trabajo, usaremos indistintamente, como sinónimos, “derecho a la intimidad” y “derecho a la privacidad”.

III. De la tutela del derecho a la intimidad vinculada con el honor al *right to privacy*

Desde el punto de vista histórico, el amparo jurídico de la intimidad ha nacido vinculado y, en parte confundido, con el del honor. Esa es la razón por la que los primeros precedentes conocidos muestran que la intimidad se amparaba en la medida en que simultáneamente el hecho ilícito hubiera significado una lesión al honor. Esto es lo que ocurrió en el Derecho romano.

Del significado amplio inicial de la *iniuria*, como equivalente a injusticia o ilícito, se pasó, con el tiempo, a designar actos lesivos singulares, que por sus contornos difusos no poseían una denominación específica. En el ámbito de los delitos contra las personas, la *iniuria* comprendía todas las hipótesis de violencia personal que no fuesen *membrum ruptum* y *os fractum*: una acción violenta (bofetadas, golpes con un bastón) realizada contra una persona libre para la cual el autor carecía de *ius.*

El edicto *ne quid infamandi causa fiat* supuso una ampliación de las facultades pretorias y constituyó por eso un importante avance en la protección de los bienes inmateriales. Efectivamente, antes del mencionado edicto se tutelaban los atentados contra las *boni mores*. Con su promulgación, el pretor comenzó a tener el derecho de valorar todo acto susceptible de causar infamia a alguien.

6. Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, “La intimidad frente al Derecho. Su problemática (consideración reiterada a lo largo de 25 años)”, *RDPC*, 2006-2. *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 12-13.

Otra evolución de trascendencia se dio en el año 81 a.C., al promulgarse la *Lex Cornelia de iniuriis*. En ella aparece la primera noticia de tutela de la intimidad, mediante una de sus manifestaciones más específicas: la inviolabilidad del domicilio. El *introire vi domum* fue tipificado como vía de hecho constitutiva de *iniuria*[7].

La incorporación del derecho a la intimidad como derecho fundamental autónomo al acervo jurídico de los países de nuestro entorno cultural es relativamente reciente, y ha sido fruto de factores culturales y políticos de un determinado momento histórico[8].

La doctrina es pacífica en aceptar que la elaboración teórica del concepto moderno del derecho a la privacidad se inicia en un artículo titulado *The right to privacy*, publicado en 1890, por dos abogados neoyorquinos, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la *Harvad Law Review*[9].

Hasta ese momento, la *privacy* estaba protegida por el derecho de propiedad y por el derecho contractual. La intimidad era tutelada como un objeto de goce pacífico de las posesiones dominicales, y cuando un extraño entraba en la esfera de confianza de otra persona para prestar un servicio profesional (médicos, abogados), doméstico, etc., en cuyo caso, las relaciones estaban reguladas por las reglas de la buena fe contractual.

El artículo de Warren y Brandeis marcó un hito en la superación de la concepción primitiva que se dio en llamar *privacy-property.*

Las circunstancias en las que los mencionados autores escribieron el artículo fueron las siguientes: Samuel Warren era un adinerado abogado que había dejado la práctica profesional un año antes para dedicarse a una empresa papelera de su propiedad. Su esposa, hija del Senador Bayard, de Delaware, organizaba en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales. La prensa local, y sobre todo la revista *Saturday Evening Gazette*, especializada en asuntos de la alta sociedad, cubrían la información de los eventos narrando deta-

7. En este punto seguimos el estudio hecho por Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1994, pp. 34-35, que a su vez cita a Barbero Santos, M., “Honor e injuria en el Derecho romano”, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, 1972, pp. 305-331.

8. *Vid.* Saraza Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 131.

9. Warren, Samuel y Brandeis, Louis, “The right to the privacy”, en *Harvad Law Review*, vol. IV, n° 5, 15-XII-1890, pp. 193-219, en http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf (Consultado el 10-8-2015).

lles íntimos y desagradables. Con ocasión de la información que se dio acerca de la boda de una de sus hijas, Warren pidió ayuda a un antiguo compañero de estudios en Harvard, Brandeis, que con posterioridad llegó a ser Juez del Tribunal Supremo americano[10]. El resultado fue el trabajo doctrinal publicado en la *Harvad Law Review*, que significó un importante paso en la evolución de la protección de la intimidad en Estados Unidos.

Algunas de las ideas y argumentos relevantes del artículo de Warren y Brandeis son las siguientes:

a) El alcance del principio de la protección plena de la persona y de su propiedad evoluciona con el tiempo. En efecto, es un principio del *common law* aceptado desde antiguo que el individuo debe tener una completa protección en su persona y propiedades, pero se ha visto necesario, de tiempo en tiempo, definir la exacta naturaleza y alcance de tal protección. Los cambios políticos, sociales y económicos conllevan el reconocimiento de nuevos derechos, y el *common law*, en su eterna juventud, crece para satisfacer las demandas de la sociedad[11].
   En este sentido, se afirma que gradualmente se ha ido ensanchando el alcance de esos derechos, y ahora el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar la vida –el derecho a ser dejado en paz–; el derecho a la libertad asegura el ejercicio de amplias prerrogativas civiles; y el término "propiedad" ha llegado a comprender toda forma de posesión –tanto tangible como intangible–[12].
b) La protección de la privacidad está amenazada por los adelantos tecnológicos y debe buscarse una respuesta adecuada. Ciertamente, recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el Juez Cooley denominó "el derecho a ser dejado en paz". Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica, y numerosos

10. Confr. Prosser, William, "Privacy", en *California Law Review*, n° 48, 1960, pp. 383-423, en http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview (Consultado el 15-5-2016).

11. Conf. Warren y Brandeis, ob. cit., p. 193.

12. Ibídem, p. 193.

aparatos mecánicos amenazan con hacer buena la predicción de que "lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados"[13].

c) El derecho a la privacidad debe distinguirse de la protección del honor y no debe fundamentarse en el derecho a la propiedad privada. Afirman los autores del trabajo, que para sostener la tesis de que el *common law* reconoce y mantiene un principio aplicable a casos de invasión de la *privacy*, no es necesario invocar la superficial analogía con las injurias sufridas por un ataque a la reputación o por lo que los civilistas llaman una violación del honor, pues consideran que las doctrinas legales relativas a lo que se denomina ordinariamente el derecho a la propiedad intelectual y artística no son sino aplicaciones de un derecho general a la *privacy*, que entendido apropiadamente permite un remedio a los males que están referenciando. Y sostienen que el principio que protege escritos y todas las producciones personales, no contra robo o apropiación física, sino contra publicación en cualquier forma, no es en realidad el derecho a la propiedad privada, sino el de una personalidad inviolable[14].

   Por lo tanto, concluyen que los derechos así protegidos, cualquiera que sea su naturaleza exacta, no surgen de un contrato o de una relación de confianza, sino que son derechos *erga omnes*. Y, como ya señalaron anteriormente, el principio aplicado para proteger tales derechos no es en realidad el derecho de propiedad privada, a menos que este término sea usado en un sentido amplio o inusual. El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la *privacy*, y la Ley no tiene que formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y a las relaciones personales, domésticas y otras cualesquiera[15].

d) No es un derecho absoluto y tiene distinto alcance según la persona afectada. Señalan, también, que el derecho a la *privacy* no prohíbe la publicación de cualquier material de interés público o personal. Hay personas que pueden razonablemente reclamar

13. Ibídem, p. 195.
14. Ibídem, p. 198.
15. Ibídem, p. 213.

> como un derecho la protección frente a la notoriedad que les acarrea el haberse convertido en víctimas de la actividad periodística. Pero existen otros sujetos que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir sus vidas apartados de la observación pública. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender con justicia que les conciernen sólo a ellos, en los de la segunda categoría, son susceptibles de ser objeto de legítimo interés de sus conciudadanos[16].

Tres años después de la publicación del artículo citado, en el caso "Marks v. Joffa", un Tribunal de Nueva York utilizó por primera vez la expresión *the right to the privacy*.

Los hechos fueron los siguientes: Un estudiante de abogacía, que además era actor, vio su retrato publicado, sin su consentimiento, en el periódico *Der Wächter*, formando parte de un concurso de popularidad. Frente a ese atropello, demandó al dueño del diario. La sentencia a favor del demandante afirmó: "[…] ningún periódico e institución prescindiendo de su importancia tiene el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito (compararlo con otro para que los lectores voten por el que les parezca mejor) sin su consentimiento. Un individuo tiene derecho a protección tanto en lo que se refiere a su persona como a su propiedad, y actualmente el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, sin la publicidad o molestia de una encuesta organizada sin autorización. Los Tribunales asegurarán, en tales casos, que el individuo tenga lo que muy bien se ha definido como 'derecho a ser dejado en paz'. Los derechos íntimos deben ser respetados al igual que los deseos y sensibilidades de la gente. Cuando uno infringe la Ley, invoca su ayuda o se pone como candidato para el apoyo público, entonces justifica la crítica y no debería quejarse de ella. Pero cuando uno está satisfecho con la intimidad de su hogar, tiene derecho a la paz de ánimo, y no se le puede poner en la parrilla, que la prensa calienta, de una rivalidad excitada, ni se puede votar por él en contra de su voluntad y de sus protestas"[17].

16. Ibídem, p. 214.

17. Conf. Urabayen, Miguel, *Vida privada e información*, Pamplona, Eunsa, 1977, p. 100.

Después de algunas vacilaciones y pasos en falso de los diferentes Tribunales norteamericanos, como fue “Robertson v. Rochester Folding Box Co.”[18], la Corte Suprema de Georgia reconoció, en 1905, la existencia del derecho a la privacidad en “Pavesich v. New England Life Insurance Co.”. En el caso, una compañía de seguros había usado el retrato y el nombre del demandante en un anuncio publicitario.

En la sentencia, el Tribunal afirmó: “Lo que hay que aclarar es si un individuo tiene un derecho a la intimidad que él pueda mantener y que los Tribunales puedan defender contra toda invasión. Hay que tener en cuenta que antes de 1890 todo caso que pudiera haber llevado consigo el derecho a la intimidad, no se basó en la existencia de tal derecho, sino que fue fundamentado en un supuesto derecho de propiedad o en la ruptura de confianza o de fidelidad o algo parecido. Por esto, hasta ahora no se ha reconocido en ninguna sentencia la apelación a un derecho a la intimidad, independiente del derecho a la propiedad. Pero tal ausencia no tiene como conclusión la inexistencia de tal derecho [...].

El derecho a la intimidad tiene sus raíces en los instintos de la naturaleza. Se le reconoce intuitivamente. Como testigo que pueda establecer su existencia está la conciencia. [...] Se puede decir que nace de esas leyes llamadas a veces inmutables, porque son naturales, que se dan en todo tiempo y lugar, y que ninguna autoridad puede cambiar o abolir. [...] La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad”[19].

“Pavesich v. New England Life Insurance Co.” se convirtió en un *leading case* que dio lugar a innumerables resoluciones judiciales.

Así, la idea de un *right to privacy* como derecho autónomo, que tiene su fundamento en la inviolabilidad de la personalidad humana, se abrió camino tanto en la jurisprudencia como, posteriormente, en la legislación de los diferentes Estados del país, considerando su violación como constitutiva de “torts”, equivalente a nuestra responsabilidad civil.

18. En 1902 la Corte de Apelación de Nueva York no reconoció el derecho a una indemnización a la demandante, cuyo retrato había sido utilizado, sin su consentimiento, para publicitar una marca de harina, con la leyenda “la flor de la familia”. Fundamentó su decisión en que la demandante no tenía título de protección contra tal conducta. Ibídem, pp. 103-106.

19. Ibídem, pp. 108-111.

IV. La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico argentino

IV.1. La tutela de la privacidad en el Derecho Constitucional

En nuestra *Constitución Nacional* el derecho a la intimidad aparece genérica e implícitamente resguardado en su artículo 19, que asegura a los ciudadanos un ámbito exento de la regulación de los poderes del Estado; además, algunos componentes de la privacidad aparecen explícitamente garantizados en su artículo 18.

Desde la reforma constitucional de 1994, la protección de la intimidad quedó reforzada al incorporarse el artículo 43, inc. 3º, referente a los datos personales y al agregarse, mediante el artículo 75, inc. 22, con rango constitucional, cinco tratados internacionales sobre Derechos Humanos que lo contemplan.

No obstante que el texto de la Constitución desde su redacción originaria protege ámbitos que hacen a la vida privada, el derecho a la intimidad, tal como lo conocemos hoy, es un concepto que, como se dijo en páginas anteriores, fue evolucionando con el paso del tiempo y el surgimiento de nuevas realidades tecnológicas y culturales que potenciaron los desafíos a la hora de preservar la intimidad de las personas, frente a las injerencias abusivas, no ya del Estado, sino de los propios ciudadanos. Analizaremos brevemente los mencionados artículos.

IV.1.1. Artículo 19

Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe[20]**.**

20. Los orígenes de este artículo se encuentran en el Estatuto Provisional de 1815, que establecía: "[…] las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Igual norma se reproduce en el Reglamento Provisorio de 1817 y también en la Constitución de las Provincias

Este artículo protege el campo de los actos privados interiores o exteriores que, por no ofender el orden y la moral pública ni perjudicar a terceros, quedan fuera de la regulación de la ley positiva y de la autoridad de los magistrados, pero no fuera de la autoridad de Dios. Los actos que sí inciden sobre derechos ajenos y tienen repercusión en la comunidad son públicos porque a él pertenecen los bienes lesionados: el orden, la moral pública y los Derechos Subjetivos de los terceros. Por lo tanto, entran en la autoridad del Estado[21]. El conjunto de actos privados que de ningún modo tienen proyección social conforman "las acciones humanas ajurídicas", que quedan fuera del ordenamiento jurídico. Se trata de acciones que podrán estimarse buenas o malas, pero no admiten ser calificadas de lícitas o ilícitas según el Derecho. En cuanto a las acciones que sí tienen repercusión social, constituyen conductas jurídicas, lícitas o ilícitas, que forman parte del amplio campo de las relaciones interpersonales que son competencia específica del orden jurídico[22].

IV.1.2. Artículo 18

Este artículo protege explícitamente algunos componentes del derecho a la intimidad: el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados.

Art. 18. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determi-

---

Unidas de 1819 y en la Constitución de 1826. *Vid.* Ferreira Rubio, Delia M., *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1982, p. 76. Sampay, al investigar la gestación histórica de este precepto, dice que es original de nuestro Derecho Público en cuanto a la literalidad, pero no en cuanto a su sustancia que condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización. *Vid.* Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 29.

21. Conf. Bidegain, Carlos María; Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio Luis; Punte, Roberto; Schinelli, Guillermo, *Curso de Derecho Constitucional*, T. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 130.

22. Conf. "V.I.E.A. v. S.L.R." (5-X-76) *Jurisprudencia Argentina*, n. 4975, 5-I-77, p. 26, citado por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. IV, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, p. 620.

nará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

a) Inviolabilidad del domicilio[23]

"Si la persona es inviolable y está protegida tan ampliamente por la Constitución, es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos; así, comprende la conciencia, el cuerpo, la propiedad y la residencia u hogar de cada hombre. La palabra domicilio abraza estos dos últimos sentidos. *Hogar* es la vivienda, y por excelencia el centro de las acciones privadas que la Constitución declara reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19), allí donde se realizan la soberanía del individuo y los actos y sagrados misterios de la vida de la familia; la *residencia* es quizá menos íntima, pero lleva el mismo sentido de independencia y caracteres menos fundamentales y permanentes. El domicilio es el espacio en el cual un hombre tiene poder superior al del Estado mismo. [...] 'La casa de cada hombre es su fortaleza, no porque la defiendan un foso o una muralla, pues bien puede ser una cabaña de paja: el viento puede rugir alrededor y la lluvia penetrar en ella, pero el rey no'. Lord Chatham"[24].

La inviolabilidad del domicilio significa que ningún individuo, ya se trate de un funcionario público o de un particular, puede penetrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento. La excepción que se contempla es la existencia de una orden judicial dictada por un juez competente, en las condiciones previstas por una ley.

El Congreso Nacional no ha sancionado aún la ley especial a la que se refiere este artículo, pero los Códigos Procesales han regulado la forma del allanamiento de domicilio; por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación lo hace en los artículos 184 y 224 a 229[25].

23. *Vid.* Linares Quintana, Segundo V., ob. cit., pp. 619-638.

24. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Obras completas, T. 3, 1ª ed., Buenos Aires, A. Estrada, 1951, p. 171.

25. Miguel Padilla considera que las leyes especiales de que habla el constituyente son precisamente los Códigos de forma procesal penal, tanto nacional

b) Inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados

En relación a la correspondencia epistolar se pueden distinguir tres derechos: el derecho de la propiedad material que pertenece al destinatario; el derecho de autor, cuyo titular es quien remite la carta y el derecho al secreto de la correspondencia que corresponde a ambos: autor y destinatario de la correspondencia. Este último derecho es el que protege el artículo 18 de la Constitución Nacional, al tutelar la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados.

"Si bien protege un bien externo a la persona se halla comprendido dentro de la esfera de intimidad o reserva de los sentimientos y opiniones personales, que no se exponen para conocimiento del público sino exclusivamente para los destinatarios de la carta. Las expresiones contenidas en la correspondencia, que manifiestan sentimientos y opiniones personales, asumen un carácter esencialmente confidencial basado sobre la relación que existe entre el remitente y el destinatario, y escapan completamente a su conocimiento por tercero, sean particulares o el Estado mismo. Como la carta es escrita exclusivamente para una persona determinada, la revelación de su contenido a otro contraría la intención presunta de su autor"[26].

IV.1.3. Artículo 43, inciso 3º

Mediante el artículo 43, inc. 3º, en forma expresa, se contempla la salvaguarda de aspectos de la intimidad y de la dignidad personal que por los avances tecnológicos han quedado en situación de mayor vulnerabilidad: los datos personales.

Se trata de una especie de amparo, el llamado "hábeas data", que permite acceder a los datos personales y solicitar la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos. Este procedimiento es una herramienta de protección ante el poder de los medios y centros de información y almacenamiento de datos.

---

como locales. Conf. Padilla, Miguel, "Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad", *LL*, lunes 2/XI/1998, p. 1.ni.

26. De Cupis, Adriano, *I diritti della personalitá*, cit., # 11, pp. 123-4, citado por Linares Quintana, ob. cit., p. 631.

Art. 43, inc. 3º. Toda persona podrá interponer esta acción [de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse las fuentes de información periodística[27].

IV.1.4. Artículo 75, inciso 22

En los artículos de los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución, desde 1994, se prevé la protección de la intimidad junto con la honra, aunque distinguiendo ambos derechos. Los aspectos de la intimidad que se contemplan son la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia. En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, se salvaguardan esos mismos contenidos en el niño.

1. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en su artículo 5º, dice: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar", y en el artículo 10 establece: "Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia";
2. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 12, dice: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques";
3. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su artículo 11, inc. 2º, determina: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación";

27. Este artículo fue reglamentado por la Ley Nº 25.326 de Protección de Datos Personales, promulgada el 30 de octubre de 2000.

4. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece, en su artículo 17: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques";
5. La *Convención sobre los Derechos del Niño* determina, en su artículo 16: "1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

IV.2. La tutela de la privacidad en el Derecho Civil

IV.2.1. El Código Civil argentino vigente hasta agosto de 2015

En el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, la intimidad no se protegió expresamente. Por esa razón, para resarcir los daños ocasionados a ella, la jurisprudencia utilizó la disposición del artículo 1109.

Art. 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio [...].

En cuanto a la extensión de la reparación, hubo diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales fundadas en la interpretación que algunos hicieron buscando armonizar el artículo 1109 con el artículo 1078.

Art. 1078. Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.

Como se esbozó más arriba, la interpretación del artículo 1078, en su redacción originaria, dio lugar a diversas posturas en cuanto a la amplitud de la reparación del daño moral. Una corriente sostuvo que el daño al que aludía el artículo 1109 debía interpretarse en forma amplia, incluyendo la reparación del agravio moral; otra afirmó que debía restringirse la reparación del daño moral, a los casos en que el hecho fuera un delito criminal, según indicaba el artículo 1078.

Ilustrativo de las dos posiciones fue la sentencia que resolvió la causa "Iribarren, Fernando c/ Sáenz Briones y cía. y otros", del 15-III-1943[28].

Los hechos fueron los siguientes: la empresa Sáenz Briones utilizó para publicitar un producto el retrato de Iribarren, médico de profesión, copiado a pluma de una fotografía aparecida en la revista *El Gráfico*. A raíz de ello, el actor fue mortificado con bromas por parte de sus conocidos y pacientes. Eso lo llevó a iniciar una acción legal basándose en los artículos 1109, 1078, 1068 y 1075, del Código Civil y en el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual Nº 11.723.

En primera instancia, el juez acogió la demanda considerando que se había configurado un cuasidelito, y aunque no se hubiese probado el daño material, era indudable que existió daño moral. En efecto, los comentarios, bromas e ironías amables "han podido causar y han causado al demandante mortificaciones de orden espiritual". Por esa razón, condenó a Sáenz Briones a pagar una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral.

En el fallo plenario al que dio lugar el caso, la mayoría (los camaristas Barraquero, Mantilla, Casares, Tezanos Pinto, Perazzo Naón, Quesada, Lagos, Miguens y Maschwitz) interpretó el artículo 1078 de manera restrictiva, diciendo: "[…] el Código Civil, en su artículo 1078, ha legislado el daño moral en su sentido estricto y propio, al establecerlo como una exclusiva consecuencia jurídica del delito de derecho criminal"[29].

La minoría, constituida por Mendonca Paz, Grandoli y Tobal, afirmó: "El artículo 1078, CC [...] no impide el imperio y juego amplio de los artículos 1068 y 1109 del mismo Código. Cuando se causa a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en

28. Fallo Plenario de Cámaras Civiles de Cap. Fed., *JA*, 1943-I-844 y ss.
29. Ibídem, Voto del Dr. Barraquero, p. 854.

sus facultades, es decir, se produce un daño moral, se origina, como consecuencia, la obligación de indemnizar el perjuicio producido"[30].

En definitiva, en el caso "Iribarren c/ Sáenz Briones", se negó al demandante la reparación de los perjuicios sufridos porque se trataba de un agravio moral y la conducta del demandado no constituía un delito penal.

Según autorizada doctrina del momento, este fallo consagró una notoria injusticia, que se podría haber evitado buscando una solución equitativa, dentro de la economía del Código Civil[31].

La necesidad de una norma que contemplara y protegiera adecuadamente el derecho a la intimidad fue manifestada en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en la ciudad de Córdoba, en 1969. En él se aprobó como Recomendación Nº 2, que "se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo"[32].

IV.2.1.1. Incorporación del artículo 1071 bis en el Código Civil

El antecedente de la Ley Nº 21.173, que consagró el artículo 1071 bis, fue la Ley Nº 20.889, promulgada el 17 de octubre de 1974. Esta norma incorporó como artículo 32 bis del Código Civil el siguiente precepto: "[…] toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que aun sin dolo o culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas dos sanciones".

La mencionada ley tuvo origen en un proyecto del diputado Antonio A. Tróccoli, que fue despachado favorablemente por la comi-

30. Ibídem, Voto del Dr. Grandoli, p. 865.
31. Conf. Ferreira Rubio, ob. cit., p. 90.
32. *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Tomo II, Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1971, p. 828.

sión de legislación general de la Cámara a la que pertenecía su autor. Este cuerpo aprobó el despacho con dos modificaciones: en lugar de incorporarse el artículo al Código Civil como 32 bis, lo sería como 51 bis; suprimiéndose las palabras "aun sin dolo ni culpa, y". Sin embargo, la Cámara de Diputados comunicó a la de Senadores el texto del proyecto original, sin las modificaciones, como si fuera el sancionado; el Senado lo aprobó sin observación ni discusión alguna, y el Poder Ejecutivo lo promulgó. El insólito hecho suscitó dudas sobre la validez de la sanción[33].

Algunos meses más tarde, en mayo de 1975 el diputado Tróccoli volvió a presentar una segunda propuesta de ley a fin de sanear los defectos de origen de la disposición de 1974. La formulación del contenido del proyecto tuvo como fuente intelectual a Orgaz[34] y propiciaba la incorporación del artículo 1090 bis, con el siguiente texto:

"El que arbitrariamente, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiesen cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

La Comisión de Diputados que estudió el proyecto suprimió la frase "sin dolo ni culpa" y cambió la ubicación propuesta para el artículo, sin fundamentar su proceder.

Finalmente, en 1975 se sancionó la Ley Nº 21.173, que incorporó el artículo 1071 bis al Código Civil[35].

Art. 1071 bis. El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un

33. Conf. Linares Quintana, ob. cit., pp. 622-623; Ferreira Rubio, ob. cit., pp. 95-96.
34. Conf. Ferreira Rubio, ob. cit., p. 97.
35. Promulgada el 15-10-1975; publicada en el *BO* el 22-10-1975.

delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

A continuación, nos detendremos brevemente en las condiciones para la configuración de la violación de la intimidad:

a) que haya *entrometimiento en la vida ajena*: es decir, meterse una persona donde no le llaman, inmiscuirse en lo que no le toca[36].
b) que *tal interferencia sea arbitraria*: o sea, que se trate de un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho[37].
c) que se *perturbe de cualquier modo la intimidad* de otro: *perturbar* significa inmutar, trastornar el orden y concierto o la quietud y el sosiego de alguien[38] en su intimidad, es decir, en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia[39].
d) que *el hecho no fuere un delito penal*: este requisito negativo delimitaba el campo de aplicación del artículo 1071 bis. Si el acto lesivo de la intimidad ajena era un delito penal entraban a funcionar los principios ordinarios de la responsabilidad civil, que son más severos que las normas de equidad previstas en el mencionado precepto. Según Llambías, como estarían en igual situación los delitos civiles que no estuviesen incriminados penalmente, se trata de un requisito superfluo. Entre los delitos penales que determinaban la exclusión del sistema del artículo 1071 bis pueden mencionarse la violación de secretos previstos en el artículo 153 del Código Penal y la publicación indebida de correspondencia contemplado en el artículo 155 del mismo Código[40].

36. Conf. *DRAE*, Voces: entrometer, entrometerse, entremeter.
37. Conf. *DRAE*, Voces: arbitraria, arbitrariedad.
38. Conf. *DRAE*, Voz: perturbar.
39. Conf. *DRAE*, Voz: intimidad.
40. Conf. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. 1, ob. cit., p. 259.

En definitiva, según el artículo que comentamos, para lesionar la intimidad era preciso que alguien, de cualquier modo, se inmiscuyera, sin causa de justificación, como podría ser el ejercicio legítimo de un derecho, en la zona privada y reservada de una persona o de su familia y trastornara su paz.

La ley enumeraba algunos modos de producir ese resultado, de manera no taxativa –"de cualquier modo"–, sino meramente ilustrativa, para facilitar su aplicabilidad a los jueces: la publicación de retratos, la difusión de correspondencia y la mortificación con respecto a costumbres o sentimientos[41].

La responsabilidad nacía del hecho objetivo del entrometimiento; allí radicaba la antijuridicidad. Lo que se le imputaba al autor del hecho era la perturbación de la intimidad ajena, independientemente de la existencia de culpa o dolo[42].

Configurado el acto lesivo las consecuencias establecidas eran las que a continuación se señalan:

a) *cesación de la perturbación*, si no hubiera cesado. El importunado tenía acción para que el juez ordenara la supresión de todo medio o instrumento perturbador de la intimidad. El final de la frase era innecesario por su obviedad: no se puede hacer cesar lo que ya ha cesado.
b) *indemnización equitativa* a favor del agraviado. Cuando la lesión a la intimidad configuraba un acto ilícito (prueba de culpa o dolo y daño), el damnificado recibiría la total indemnización que le correspondiera. Pero si fallaban esos extremos que condicionaban el juego de los principios generales, se podía obtener, por aplicación del artículo 1071 bis, la indemnización de equidad que la prudencia del juez determinara. En cuanto a las circunstancias de las que hablaba el precepto, la doctrina interpretaba que hacían referencia a la intensidad del perjuicio sufrido y a la situación patrimonial de las partes, para graduar la indemnización[43].
c) *publicación de la sentencia*, si el agraviado la pedía, y el juez lo consideraba razonable y conveniente en orden a una mejor reparación.

41. Conf. Ibídem, p. 258.
42. Conf. Mosset Iturraspe, ob. cit., pp. 19-20.
43. Conf. Ibídem, p. 260.

De los requisitos del acto lesivo de la intimidad establecidos por la norma, los más criticados fueron: el uso innecesario del adverbio *arbitrariamente*, la exigencia de que *no fuere un delito penal*, y el *criterio de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*, para evaluar la indemnización, porque se trata de una pauta connatural a la administración de justicia[44]. En 1983, en las Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, y en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, se propugnó suprimir, en el artículo 1071 bis, la mención a la arbitrariedad, el requisito de que el hecho no sea un delito penal, y la referencia a la equidad.

IV.2.1.2. El Código Civil y Comercial de la Nación. Ley Nº 26.994[45]

Esta norma sustituyó a los Códigos Civil y Comercial de la Nación que, con diversas reformas y leyes complementarias, imperaron desde fines del siglo XIX hasta el 1º de agosto de 2015, fecha en la cual entró en vigencia el CCyC.

El Código establece un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, en conformidad con un antiguo y sostenido reclamo de la doctrina argentina[46]. Para ello se tuvo en cuenta la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infra-constitucional corresponde al Código Civil[47].

Los denominados "Derechos y Actos Personalísimos" se encuentran regulados en el Capítulo 3, del Título I, del Libro I.

El capítulo comienza con el artículo 51, cuyo acápite "Inviolabilidad de la persona humana", establece que "la persona humana es

44. Conf. Cifuentes, Santos, ob. cit., p. 592.

45. Sancionada el 1-10-2014; promulgada el 7-10-2014; publicada en *BO* el 8-10-2014. En adelante, citaremos CCyC.

46. Para una relación de las recomendaciones de sistematización de las normas sobre derechos personalísimos, en congresos y jornadas de Derecho Civil, desde 1969, *vid.* Rivera, Julio César, "Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial", en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/derechos-y-actos-personalisimos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial.pdf (Consultado el 10-12-2016).

47. Conf. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, "Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos".

inviolable". Se consagra, de este modo, lo que la Corte Suprema ha afirmado en reiterados fallos: "[…] el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"[48].

El artículo finaliza estableciendo que "en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

Resulta congruente que se reconozca, en primer lugar, la dignidad de la persona humana, porque justamente en ella se cimientan los derechos personalísimos que se tutelan a continuación. Dicho en otras palabras, la dignidad no es un derecho sino una cualidad de todo ser humano, por el hecho de ser tal, que fundamenta los derechos inherentes a su naturaleza, es decir, los derechos personalísimos.

Reconocer que la persona humana posee dignidad significa que, ontológicamente, es decir, sustancialmente, tiene un valor intrínseco, no dependiente de factores externos, por el que es titular de derechos inherentes a su naturaleza, que exigen el respeto de los demás. Precisamente por eso, la salvaguarda jurídica de los derechos de la personalidad busca garantizar el goce de su dignidad[49].

La incorporación del concepto de dignidad dentro del Derecho Privado refuerza la protección de la persona, y reproduce uno de los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico de nuestro país, que está en consonancia con el Derecho Comparado e Internacional[50].

48. CSJN, *Fallos*: 316:479, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar" (6-4-1993), en *ED*, 153-254.

49. Existe controversia en la filosofía, y en la ius-filosofía respecto al concepto de persona y al fundamento de la dignidad del ser humano. Las consecuencias de las posturas ius-filosóficas que basan la dignidad en el concepto de persona desde el "personalismo ontológico" (todas los seres humanos son personas, portadores de una especial dignidad y titulares de todos los Derechos Humanos básicos) y el "personalismo funcional o construido" (sólo son personas, y por tanto titulares de dignidad y Derechos Humanos básicos, aquellos seres humanos que poseen algunas cualidades, como cierto grado de inteligencia, capacidad de autonomía, etc.) son de gran relevancia práctica. Para un estudio profundo sobre el tema, *vid*. Vigo, Rodolfo L.; Herrera, Daniel A., "El concepto de persona humana y su dignidad", 2015-3. *Persona Humana*, *RDPC*, Rubinzal-Culzoni, pp. 11-44.

50. *Vid.* Tobías, José W. (Dir. del Tomo), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Alterini, Jorge H. (Dir. Gral.), T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 447-448.

En definitiva, la dignidad de la persona humana es uno de los principios centrales de todo el ordenamiento jurídico argentino, y así lo reconoce el nuevo CCyC.

Art. 51. ***Inviolabilidad de la persona humana.*** **La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.**

Seguidamente, el artículo 52 contempla las acciones que posee quien sufre la lesión de algún derecho de la personalidad: la posibilidad de reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. La norma enumera algunos derechos personalísimos de carácter espiritual: intimidad, honor, imagen e identidad. No menciona otros como la libertad, y tampoco los de carácter material, como el derecho a la vida y a la integridad física. De todos modos, estos derechos, de rango constitucional, implícitamente están abarcados por la formulación abierta de la norma, al agregar al final "o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal". Es indudable que las amenazas o lesiones a la vida, la integridad física y a la libertad, lo son. Por eso, se puede inferir que se trata de una enumeración no taxativa.

El artículo expresamente establece la posibilidad de accionar mecanismos judiciales de prevención o de tutela inhibitoria del daño futuro y previsible[51], en relación a los derechos personalísimos. Esto es de vital importancia teniendo en cuenta que una vez que se lesiona este tipo de derechos, el daño es irreparable, y lo único viable es recibir un resarcimiento económico como compensación por el daño padecido.

Art. 52. ***Afectaciones a la dignidad.*** **La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro III, Título V, Capítulo 1.**

51. Para profundizar en la trascendencia de la incorporación de la función preventiva en el CCyC, *vid*. Vuotto, Marcelo, "Hacia una redefinición de las funciones de la responsabilidad civil. La importancia de la prevención en el nuevo ordenamiento legal", *ED*, lunes 29/VI/2015, pp. 1-3.

a. Derecho a la intimidad

En lo referido al derecho que nos interesa de modo particular, el artículo habla de las lesiones a "la intimidad personal y familiar", sin definirlas. Pero en el artículo 1770, ubicado en la Sección 9ª - "Supuestos especiales de responsabilidad", se ejemplifican conductas violatorias de la intimidad, repitiendo en gran medida el texto del artículo 1071 bis del Código Civil derogado[52]. En efecto, el artículo 1770 protege el derecho subjetivo a la privacidad, proscribiendo dos conductas: la intromisión arbitraria y la perturbación de la intimidad. Además, describe de manera enunciativa algunas modalidades de ataque: publicación de fotos, imágenes o retratos, difusión de correspondencia, mortificación en las costumbres o sentimientos. En estos o similares casos, las acciones que posee el damnificado son dos: el cese e indemnización del daño en curso, y la indemnización y publicación de la sentencia si el daño se consumó. La publicidad de la sentencia condenatoria forma parte de la reparación plena o integral del daño ocasionado a la intimidad.

Art. 1770. *Protección de la vida privada.* El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

De la lectura de los artículos 52 y 1770 podemos constatar una superposición injustificada entre los mismos. En cuanto a las

52. Alejandro Laje considera sorprendente que se repita casi textualmente el artículo 1071 bis del Código derogado, porque afirma que es inconsistente con las otras disposiciones respecto de la violación de derechos personalísimos, cuya lesión requiere el elemento subjetivo, y establecen la reparación integral en caso de ser vulnerados. Conf. Laje, Alejandro, "Análisis de la normativa del CCCN, artículo 1770", en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bueres, Alberto, J. (Dir.), T. 2.A, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 194. Para ahondar en el significado y alcance de esta norma remitimos al comentario hecho al artículo 1071 bis, que en lo sustancial es aplicable al 1770 del CCyC.

diferencias, advertimos que mientras el artículo 52 hace referencia explícitamente a la intimidad personal y familiar, el artículo 1770 no contiene previsión alguna relativa a la intimidad familiar. El artículo 52 contempla la prevención y la reparación; el artículo 1770, sólo la reparación. El artículo 52 no requiere que la afectación a la intimidad sea arbitraria; mientras que el artículo 1770 mantiene este requisito calificador de la conducta antijurídica cuya supresión se propicia desde hace veinte años en los proyectos de reforma[53].

La protección alcanza a todas las personas físicas vivas; el ejercicio de la acción es de carácter privado y no se transmite a los herederos. Pero los sucesores pueden invocar un daño propio por la lesión a la intimidad del muerto[54].

En cuanto al factor de atribución, conforme al artículo 1721 del CCyC, salvo previsión expresa en contrario, sólo puede obligarse a resarcir el daño causado cuando pudiere ser atribuido a dolo o culpa del autor. Pero es conveniente señalar que si bien la regla para responder civilmente es la exigencia de culpa o dolo, el Código consagra un gran número de supuestos en los que expresamente se establece el carácter objetivo como factor de atribución[55]. Y respecto del tema que nos ocupa, en doctrina se sostiene que cuando la intromisión en la vida privada proviene de medios de comunicación el factor de atribución es objetivo –conforme al artículo 1757–, es decir, basado en el riesgo, genéricamente considerado, en sus variantes riesgo-creado y riesgo-beneficio o riesgo de empresa[56].

El fundamento de esta posición se encuentra en la convicción de que la actividad periodística constituye una actividad riesgosa. En este sentido, es evidente que la actividad informativa ha sufrido grandes transformaciones, y en la actualidad es llevada a cabo por grandes grupos empresarios económicamente poderosos, que uti-

53. Conf. Rivera, Julio César, ob. cit., p. 154.

54. Conf. Galdós, Jorge Mario, "Comentario al artículo 1770", en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. 8, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pp. 642-646.

55. Por ejemplo, en las obligaciones de resultado (art. 1723), en la regulación de la responsabilidad por el hecho de terceros: actos involuntarios (art. 1750), responsabilidad del principal (art. 1753), responsabilidad de los padres (art. 1754), etc.

56. Conf. Pizarro, Daniel, "La responsabilidad por riesgo de empresa y los medios masivos de comunicación", en *RDD*, 2006 n° 3, *Creación de riesgo-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 165 y sigs.

lizan plataformas de difusión combinadas y de medios cada vez más sofisticados de captación y transmisión de imágenes e información. Estas empresas, movidas por el fin de lucro y la necesidad de transmitir con rapidez noticias que capten la atención de sus potenciales usuarios, en muchas ocasiones difunden hechos que no han sido previamente comprobados, con lo cual, generan daños a los derechos personalísimos de los involucrados en ellos[57].

Como consecuencia de las afirmaciones anteriores, se postula que el factor de atribución es objetivo si el entrometimiento es atribuible a actividades riesgosas, y la empresa periodística debe responder. Pero si no es así, deberá demostrarse la existencia de dolo o culpa, factor subjetivo, para que el periodista, autor del hecho dañoso, deba responder. Sintetizando, concluimos que la empresa periodística responderá por un factor objetivo de atribución, atribuible a la actividad riesgosa, y el periodista, por un factor subjetivo: la culpa o el dolo.

b) Derecho a la imagen

En ocasiones, el derecho a la intimidad es lesionado, mediante captación, registro y difusión de fotos, audios o videos de la vida privada, sin el consentimiento de los involucrados en ellos. Por esa razón, también nos interesa identificar las normas que protegen este derecho que, aunque es autónomo, su lesión puede conllevar también un daño al derecho a la intimidad.

El derecho a la imagen, que se extiende a la voz, en armonía con lo propiciado por la doctrina nacional, se encuentra definido en el artículo 53, que prescribe la ilicitud de la captación y/o la reproducción no consentida de la imagen y de la voz. Seguidamente, enumera las situaciones en las que está justificada su captación y/o reproducción. Entre estos casos, incluye "el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general", incorporando, así, la doctrina del "abuso del derecho", utilizada de manera persistente por la jurisprudencia nacional.

57. Conf. Reyna, Carlos Alejandro, "Responsabilidad por entrometimiento en la vida privada en el Código de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", en *RDD*, 2014 n° 2, *Problemática actual de la responsabilidad civil-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 340.

Art. 53. ***Derecho a la imagen.*** **Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:**

a) que la persona participe en actos públicos;

b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas, pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

c) Tutela preventiva del derecho a la intimidad: el artículo 1711

El artículo 52 *in fine*, como ya advertimos, dispone la posibilidad de reclamar la prevención del daño por quien se encuentra en peligro cierto de ser lesionado en su dignidad. La incorporación de la protección preventiva del daño a los derechos personalísimos en el CCyC es congruente con el artículo 43 de la Constitución Nacional[58]. Las normas aplicables a la protección preventiva son las reglas generales de la responsabilidad civil. En efecto, el CCyC establece en el Libro III, Derechos Personales; Título V, Otras fuentes de las Obligaciones; Capítulo I, Responsabilidad civil; Sección 1ª, Disposiciones generales, lo siguiente:

Art. 1708. ***Funciones de la responsabilidad*****. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.**

La función preventiva está prevista en los artículos 1710 a 1715.

58. Nicolau, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", en *LL*, 1996-A-1245.

En el artículo 1710 se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado. En otras palabras, exige que, al obrar, el agente adopte conductas positivas o de abstención para impedir la producción de la lesión o el agravamiento del mismo. Y esto debe hacerlo, en la medida en que esa conducta dependa de él –"en cuanto de ella dependa"–, y en base a los principios de buena fe y de razonabilidad, que se analizará según las circunstancias de cada caso.

Art. 1710. ***Deber de prevención del daño.*** **Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:**

a. evitar causar un daño no justificado;

b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c. no agravar el daño, si ya se produjo.

Para la procedencia de las medidas preventivas previstas en el CCyC, no son necesarios algunos presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, precisamente por su finalidad de impedir el hecho dañoso. En concreto, dentro de nuestro ámbito de estudio, para que sea viable la tutela preventiva de la dignidad de la persona humana y sus derechos personalísimos, como veremos seguidamente, no se exige ni la existencia de daño ni el factor de atribución.

La herramienta procesal diseñada por el CCyC para la realización práctica de la función protectoria anticipada es la denominada "acción preventiva", reglada en el artículo 1711. Para su procedencia debe existir una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción, continuación o agravamiento del daño; es decir, debe ser acreditado el nexo causal adecuado entre el hecho denunciado y el daño potencial que pretende ser evitado. Y expresamente se determina que no se requiere la presencia de un factor de atribución.

La acción de prevención, también conocida como tutela inhibitoria, puede consistir en una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión[59].

Art. 1711. ***Acción preventiva.*** **La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.**

d) Los rubros que abarca la reparación del daño

En el Título V, Capítulo I: Responsabilidad Civil, Sección 4ª. Daños resarcibles, el artículo 1738 *in fine* se refiere a los derechos personalísimos en general, al establecer lo que debe incluirse dentro de la indemnización. Dicha mención tiene el propósito de ratificar la tutela preferente que el Código otorga a la persona humana.

En consonancia con el artículo 52, el aludido artículo 1738, de manera expresa, incluye todos los daños derivados de la conducta violatoria de los derechos personalísimos. Es decir que la indemnización debe comprender el daño material y moral provocado por la afectación de los derechos personalísimos.

De ello se infiere que la reparación de las lesiones a la intimidad debe ser plena: son resarcibles todas las consecuencias patrimoniales y/o extrapatrimoniales de su afectación.

Art. 1738. ***Indemnización*****. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud**

59. *Vid.* Vázquez Ferreyra, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", *LL*, 11-5-2015. Cita Online: AR/DOC/1447/2015. *Vid.* Barrera, Mónica, "La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces", 16 de julio de 2015, SAIJ: DACF150372, en http://www.saij.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod (Consultado el 30-8-2017).

psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

e) La publicación de la sentencia

En los supuestos en que el hecho ilícito haya afectado el honor, la intimidad o la identidad personal, el artículo 1740 establece que el juez, a pedido de parte –no de oficio–, podrá ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. La enumeración es ejemplificativa, ya que también podría resultar procedente la publicación de la sentencia en casos de lesión a otros derechos personalísimos. Se trata de una condena accesoria a la indemnización.

Art. 1740. *Reparación plena.* La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

f) Disposición parcial de los derechos personalísimos

Los derechos personalísimos, por tratarse de Derechos Subjetivos que tienen por objeto manifestaciones que hacen a la esencia misma de la persona humana, en principio, son indisponibles. Se trata de derechos que están fuera del comercio, y la renuncia a su ejercicio o el consentimiento para su vulneración por un tercero está prohibida. En definitiva, está prohibido transferirlos o renunciar a ellos.

El CCyC, en sintonía con los proyectos que lo precedieron, establece, en su artículo 55, el *principio general de disponibilidad limitada de los derechos de la personalidad* –sin perjuicio de regular supuestos específicos en otras partes del mismo y en leyes especiales.

Art. 55. *Disposición de derechos personalísimos*. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Se infiere del artículo que, en lo referente al derecho a la intimidad, una persona adulta puede, por ejemplo, disponer de su privacidad, y firmar un contrato para incorporarse a un *reality show*; o en el caso de personas públicas, consentir, e incluso invitar a periodistas para que ingresen al lugar donde se desarrolla un festejo de cumpleaños familiar, o su propia boda, a fin de que registren y difundan el acontecimiento, a través de los diferentes medios de comunicación social.

En el CCyC –al igual que en el Código de Vélez– se establece a la ley, a la moral y a las buenas costumbres como límites a la disposición de estos derechos. Y es preciso advertir, que, salvo casos extremos, en abstracto, no es posible determinar si se está dentro o fuera de estos márgenes; es necesario analizar cada caso en concreto.

El artículo 55 *in fine* incorpora tres pautas que deben respetarse en relación con la disposición de los derechos personalísimos: el asentimiento debe ser realizado de modo expreso, la determinación de su existencia es de interpretación restrictiva y la disposición es libremente revocable.

Nada dice sobre si corresponde el resarcimiento en caso de que dicha retracción produzca un daño. Parece razonable inferir que la posibilidad de revocar el consentimiento, en todo momento, hace viable que la contraparte sólo pueda reclamar por los gastos que generó el asentimiento anterior. Pero si quien revoca su consentimiento lo hace de manera intempestiva y sin justificación, y provoca un daño, conforme a los artículos 1716 y 1717 del CCyC, deberá repararlo[60].

60. Conf. Fissore, Diego M., "Los derechos de la personalidad espiritual en el CCyCN", en *RDPC*, *Personas Humanas*, 2015.3, Rubinzal-Culzoni, pp. 169-170. Por el contrario, Lamm afirma que el "consentimiento es libremente revocable, de modo que no puede dar lugar a resarcir los daños causados, salvo disposición legal en contrario". Conf. Lamm, Eleonora, "Disposición de derechos personalísimos", *Diccionario Enciclopédico de Legislación Sanitaria*, en http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/disposicion-de-derechos-personalisimos (Consultado el 2-12-2017).

V. El derecho a la información

V.1. De la libertad de prensa al derecho a la información

Los antecedentes próximos del derecho a la información se encuentran a fines del siglo XVIII, momentos en los que se producen grandes cambios en los sistemas jurídicos de occidente. Detrás de estas transformaciones está el principio de que todos los hombres tienen iguales derechos, y de que éstos son anteriores a la constitución de los Estados. Entre esos derechos estará el de libertad de expresión y de prensa. Hasta ese momento, había existido una cierta regulación de la difusión de impresos, principalmente a través de dos instituciones: la censura y la licencia previa[61].

La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de julio de 1776, que sirvió de modelo para las Constituciones de Estados Unidos de América, establecía en el artículo 12: "Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos".

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 11, determinaba: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre, todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley".

En 1948, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* instituye *el derecho a la información* en su *artículo 19*, que dice:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión".

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 desarrolla más el alcance de la garantía del derecho a la información, en su artículo 19:

"1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

61. Conf. Albert, Pierre; Sánchez Aranda, José Javier; Guasch, Juan María, *Historia de la prensa*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 10-47.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2º de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
   a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
   b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

En el ámbito del continente americano, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del 30 de abril de 1948, establece con el título "Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión", en su *artículo IV*, lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio". Posteriormente, en 1969, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* –también llamado *Pacto de San José de Costa Rica*–, en su *artículo 13*, con el título "Libertad de Pensamiento y Expresión", determina:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio de este derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
   a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
   b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2º.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

De la lectura de las normas precedentes, podemos inferir que el derecho a la información, la libertad de prensa y la libertad de expresión son tres conceptos que están relacionados entre sí, pero no son sinónimos. En efecto, el sujeto del derecho a la información y del de la libertad de expresión es universal: todos los hombres; en cambio, la libertad de prensa tiene como sujeto a quien escriba en periódicos o revistas y a quien sea dueño de ellos. En cuanto al objeto del derecho a la información, son hechos, opiniones e ideas que sean de utilidad social; el de la libertad de expresión está constituido por opiniones, ideas y representaciones subjetivas de la realidad; el objeto de la libertad de prensa está constituido por hechos, opiniones e ideas contenidas en una publicación periódica. El contenido del derecho a la información está conformado por tres facultades: difundir, recibir e investigar; el de la libertad de expresión y el de la libertad de prensa se reduce a la facultad de difundir.

En definitiva, lo que hoy denominamos derecho universal a la información es el resultado de una evolución histórica que se inicia con el reconocimiento del derecho a los propietarios de las estructuras informativas, más tarde también a los trabajadores dependientes de aquellos y, por último, a todos los hombres. En este sentido, Sánchez Ferriz afirma que el derecho a la información alberga la doctrina tradicional sobre la libertad de expresión, pero en un sentido más amplio, pues supone, en primer lugar, el derecho a

informar, que no es sino la fórmula moderna de aquella libertad y, segundo, el derecho a ser informado, referido fundamentalmente al público, a la colectividad, aspecto que supone también el deber de informar por parte de los gobernantes[62]. En este sentido, además de la publicidad de los actos de gobierno que se exige a quienes detentan los poderes del Estado, supone también el deber de informar de manera veraz, por parte de las empresas de comunicación y de quienes ejercen la profesión de periodistas y comunicadores en general. En efecto, los medios de comunicación social y quienes optan por la profesión de informadores ejercen su derecho a buscar y dar información; pero justamente por esa decisión, tienen el correlativo deber de hacerlo de manera honesta y leal, sin guardar, ocultar o tergiversar la información de interés público que descubren o reciben[63].

El acceso a la información del Estado por parte de la ciudadanía es un aspecto fundamental para el fortalecimiento de las democracias constitucionales, debido a que la opacidad de las acciones de gobierno facilita la corrupción, que es uno de los desafíos más grandes de las instituciones democráticas. Ciertamente, la desinformación y la información inexacta afectan de manera radical la calidad de la participación pública y ciudadana. Por el contrario, la transparencia de las actividades de los funcionarios permite a los ciudadanos el ejercicio del control de la actuación de los diferentes órganos del Estado como, por ejemplo, la ejecución del presupuesto, el cumplimiento o no de los proyectos y programas aprobados para mejorar las condiciones de la comunidad, etc.[64]. En este ámbito cobra gran importancia el derecho-deber de buscar y difundir información seria y confiable por parte de las empresas periodísticas y de los profesionales de la información. Justamente, así, se posibilita el ejercicio de la dimensión social del derecho a la información, que consiste en la facultad de la comunidad de recibir información adecuada y verdadera para poder formarse una opinión, tomar decisiones y ejercer de

62. *Vid.* Sánchez Ferriz, Remedios, *El derecho a la información*, Valencia, Cosmos, 1974, pp. 70-71.

63. *Vid.* Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 88-92.

64. *Vid.* Oyhanarte, Marta; Kantor, Mora, "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad", en *Poder Ciudadano. Corrupción y Transparencia Informe 2014*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 253-259.

manera consciente y más libre sus derechos, en orden al logro de su proyecto de vida y del bien común[65].

V.2. El derecho a la información en el ordenamiento jurídico argentino

V.2.1. La libertad de expresión y de prensa

La *Constitución Nacional*, en su redacción originaria, incluyó dos artículos referidos a la *libertad de prensa*: el *artículo 14*, que establece el derecho de todo habitante de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", que se limita a mencionar ese medio para publicar las ideas por ser el único vigente en aquella época. Y el *artículo 32*, que determina que "el Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal".

No existía en el texto histórico de la Constitución un artículo que cubriera la libertad de expresión en todas sus formas. Sin embargo, esta carencia histórica de norma se superó, por vía interpretativa, haciendo jugar a la norma análoga, la referida a la prensa, y acudiendo a los principios sobre la libertad que contiene la Carta Magna. Así, la CSJN, a través de sus fallos, fue desplegando las mencionadas cláusulas constitucionales para abarcar la libertad de expresión en el cine[66], la radio y la televisión[67]. A su vez, consideró que la libertad de expresión abarca el derecho de opinión y de crítica a los funcionarios de gobierno[68], el derecho a crear empresas informativas[69], el derecho a buscar información[70], el derecho de crónica periodística[71], y el derecho social a acceder a la información de hechos e ideas, una necesidad colectiva que los medios de comunicación satisfacen contribuyendo a la formación de la opinión pública y de la voluntad popular[72].

65. Para profundizar en las dimensiones del derecho a la información, como derecho individual y como derecho colectivo, *vid.* Basterra, ob. cit., pp.80-88.
66. Conf. "Gaffer", CSJN, *Fallos*: 262:246 (1965).
67. Conf. "Mallo", CSJN, *Fallos*: 282:392 (1972).
68. Conf. "García Mutto", CSJN, *Fallos*: 269:189 (1967).
69. Conf. "Ponzetti de Balbín", CSJN, *Fallos*: 306:1892, cons. 7 (1984).
70. Conf. "Vago c/ La Urraca", CSJN, *Fallos*: 314:1517, cons. 5 (1991).
71. Conf. "Campillay", CSJN, *Fallos*: 308:789 (1986).
72. Conf. "Costa", CSJN, *Fallos*: 310:508 (1987).

De este modo, por la vía jurisprudencial, se consideró que la libertad de expresión estaba protegida en todas sus dimensiones, también en aquellas que no se conocían al momento de su redacción[73].

V.2.2. Alcance y contenido del derecho a la información

La introducción del derecho a la información como Derecho Positivo en Argentina se realizó a través de la ratificación, por nuestro país, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Posteriormente, como ya hemos mencionado, la reforma constitucional de 1994, en su artículo 75, inc. 22, incorporó estos tratados dándoles rango constitucional. Así, el derecho a la información fue reconocido con jerarquía constitucional y con todos sus aspectos.

Analizaremos brevemente el alcance y contenido del derecho a la información garantizado por el *Pacto de San José de Costa Rica*, por ser el que en mayor amplitud y detalle lo regula en su artículo 13.

Art. 13, inc. 1º. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Al decir "toda persona" se está indicando una *universalidad subjetiva*, en el sentido de que todos los hombres son sujetos del derecho a la información. Además, éstos pueden ejercerlo "sin consideración de fronteras" y "oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección"; es decir, que también existe una universalidad geográfica y una univer-

73. Conf. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. II, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 12. *Vid.* Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 422.

salidad de medios. Por lo tanto, no cabe discriminación en el uso y disfrute del derecho[74].

En cuanto al *objeto de este derecho*, la norma habla de "informaciones e ideas de toda índole". El contenido de lo que se transmite suele llamarse "mensaje". La actuación informativa convierte la realidad en "mensaje". Advertimos que, si bien en teoría y sociología de la información se habla de "contenido", en Derecho la terminología podría dar lugar a confusiones. En efecto, en el ámbito jurídico se distingue entre sujeto, objeto y contenido de las relaciones, situaciones o actos jurídicos. Pero "contenido", en su acepción jurídica, significa el conjunto de derechos, facultades, deberes y obligaciones que caracterizan cada supuesto en que puede encontrarse el sujeto. Por eso, resulta preferible, a nuestro modo de ver, para evitar equívocos, utilizar el vocablo "mensaje" que, jurídicamente hablando, lo tiene en cuenta como objeto de la relación o del acto comunicativo[75]. En este sentido, "mensaje" equivale a "información", tomando esta palabra como comprensiva de todo tipo de mensaje.

Con el término "mensaje" aludimos a todo lo real que, puesto en forma, puede ser objeto de la comunicación: tanto proceda del mundo exterior (hechos, acontecimientos, datos, fenómenos, etc.) o del mundo interior del que comunica (ideas, pensamientos, emociones, imaginaciones, etc.)[76].

Al "mensaje" formulado a partir de la realidad externa al informador se le llama *comunicación de hechos o noticia*; al de la realidad interna, *comunicación de ideas*[77]. Por otra parte, el *juicio, opinión o crítica* es un mensaje que surge de aplicar una idea a un hecho para valorarlo, o de la subsunción de un hecho en una idea para obtener

74. *Vid.* Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la Información*, Madrid, Dykinson, 1998, capítulo II: en él se explica el texto del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, aunque no es tan completo como el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tiene una redacción semejante.

75. Conf. Desantes Guanter, José María; Bel Mallen, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto; Cousido González, María Pilar; García Sanz, Rosa María, *Derecho de la Información (II). Los mensajes informativos*, Madrid, Colex, 1994, p.13.

76. Conf. Ibídem, p. 14.

77. Algunos textos legales, y, llevados por ellos, algunos autores, reducen el término información a la noticia. Consideramos que esta identificación no es acertada. Nos parece más apropiado equiparar información con mensaje, de cualquier naturaleza que sea.

una conclusión. Esta descripción de mensajes posibles no es exhaustiva, ya que se podrían mencionar otros tipos de mensajes que no se reducen a los mencionados, por ejemplo, el mensaje publicitario, el de relaciones públicas y el de patrocinio[78].

El objeto del derecho a la información tiene límites tanto internos como externos. Los *límites internos* están constituidos por la verdad del hecho que se comunica (aspecto objetivo) y la actitud del informador hacia la verdad (aspecto subjetivo). La información objetiva requiere de quien la emite o produce una descripción, en forma fiel y no tendenciosa, de un hecho o acontecimiento[79]. Pero en caso de que el hecho difundido por el comunicador no sea idéntico al real, para librarse de responsabilidad debe "probar que ha tratado de encontrar la verdad de los hechos, de manera diligente y razonable, agotando las fuentes disponibles"[80].

Los *límites externos* son los otros derechos de la personalidad o bienes jurídicos de igual jerarquía[81].

Por tanto, no están protegidos por el ordenamiento jurídico ni la información falsa, ni la información veraz, pero lesiva de un bien jurídico, sin la existencia de una causa de justificación[82].

Las *facultades que integran el derecho a la información* son: "buscar, recibir y difundir".

En un sentido amplio, el derecho a la investigación debe entenderse como la facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos en general y al público, de acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de las opiniones y de obtener éstas sin límite general alguno, facultad que debe considerarse en su doble faceta, es decir, como derecho del ciudadano y como deber de los que manejan las fuentes de información[83].

78. Conf. Ibídem, p. 22.

79. Zannoni, Eduardo; Biscaro, Beatriz, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 30.

80. Ibídem, p. 67.

81. Para un estudio ius-filosófico y constitucional del tema: *vid.* Cianciardo, Juan, "Los límites de los Derechos constitucionales", en Revista *Díkaion* nº 10, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, 2001, p. 53.

82. *Vid.* Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 205-230.

83. Conf. Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Madrid, Ed. Nacional, 1974, pp. 73-75.

Por otra parte, la libertad de información exige la libertad de los medios de expresión, pues para hacer efectivo el derecho a la información se requiere, en primer lugar, la libertad de creación, desenvolvimiento, edición, distribución y funcionamiento como tal empresa en todos sus aspectos: financieros, personales, etc. Cuestión importante es la independencia efectiva de la empresa periodística, en cuyas formas de propiedad y la relación entre los propietarios y los periodistas, hay que buscar siempre la fórmula que garantice la ética y la libertad profesional.

El segundo inciso del artículo 13, del Pacto de San José de Costa Rica, determina:

Art. 13, inc. 2º. El ejercicio de este derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Esto significa que no se trata de un derecho absoluto, sino relativo, sujeto a reglamentaciones razonables. También la primera parte de nuestra Constitución Nacional establece que todos los derechos reconocidos en ella son relativos, no absolutos, mediante los artículos 14 y 28. Por lo tanto, el ejercicio de todos los derechos en ella contemplados, incluido el derecho a la información, son susceptibles de límites y restricciones con la finalidad de coordinar el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, para que se ordenen al bien común, para tutelar el orden y la moral públicos, en ejercicio del poder de policía[84].

En el inc. 3º del artículo 13 se prohíbe la llamada "censura indirecta", que con frecuencia muchos gobiernos aplican solapadamente a fin de acallar voces opositoras:

Art. 13, in. 3º. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias

84. Conf. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 492-493.

radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

En el siguiente inc. 4º, se alude a la permisión de censura previa, en favor de la protección de la infancia, para clasificar los espectáculos públicos en orden a no permitir el ingreso de niños o adolescentes cuando se trate de contenidos inadecuados o nocivos para ellos. Estas restricciones deben ser razonables.

Art. 13, inc. 4º. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de los establecido en el inciso 2º.

Por último, el inc. 5º proscribe todo discurso que haga propaganda o apología del odio racial o discriminación por cualquier motivo, quedando, este tipo de manifestaciones, fuera de la protección prevista para la libertad de expresión.

Art. 13, inc. 5º. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

V.2.3. La prohibición de censura previa: ¿es absoluta o relativa?

La noción de censura previa, en su origen, estuvo vinculada a la institución jurídica que exigía el visto bueno de las autoridades administrativas para la difusión de publicaciones. Históricamente se utilizaron “leyes de prensa” que incorporaron este mecanismo para condicionar y regular la emisión y difusión del pensamiento. La censura previa consistía en la revisión realizada por un funcionario de la Administración Pública, denominado censor, sobre todo tipo de publicaciones, películas o mensajes publicitarios, con la facultad de, en determinados casos, decidir que se hicieran modificaciones o se prohibiera su difusión.

El *concepto clásico de censura previa* designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y circulación de la palabra impresa[85]. Pero es preciso advertir que esa noción ha evolucionado y hoy no se limita a la palabra escrita, sino que se extiende a todos los medios de comunicación existentes y a los futuros que se puedan llegar a inventar. Además, con el surgimiento de técnicas más sofisticadas que apuntan a obstaculizar la libertad de expresión, se habla hoy también de "censura indirecta" para denominar artilugios del poder de turno para sortear la prohibición de censura previa, por ejemplo, mediante subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión; la prohibición de crear nuevos medios de comunicación; supeditar a las autorización gubernamental el establecimiento de los medios de difusión; las trabas para la producción o importación de insumos como el papel, u otros elementos necesarios para el funcionamiento o modernización técnica de los medios de comunicación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen el normal funcionamiento de las empresas informativas, o que persigan alentar o desalentar a determinados medios, etc.

a) La prohibición de censura previa en la Constitución Nacional

En nuestro país, hay consenso doctrinario acerca de que la interdicción constitucional del artículo 14 abarca la censura previa tanto administrativa como legislativa dispuesta por el Poder Ejecutivo o el Legislativo, respectivamente, por razones políticas de defensa del Estado o del Gobierno. Pero existe discrepancia respecto de la llamada "censura judicial" previa, es decir, la dispuesta por los jueces a fin de tutelar ciertos derechos o garantías. Sagüés señala que, en la actualidad, desde el punto de vista sociológico, en el ámbito jurídico, la censura judicial se la tiende a valorar positivamente, en la medida que apunta a tutelar derechos constitucionales, frente a la censura tradicional impuesta por el Estado a favor de sí mismo y vislumbrada como represora de la libre emisión de las ideas políticas. En otras

85. Conf. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 441.

palabras, la censura judicial sería una "censura buena", frente a la "censura mala", la gubernamental[86].

Si bien la censura judicial puede solicitarse para tutelar variados derechos –mantener la confidencialidad de datos tributarios, el secreto de fórmulas y diseños industriales, etc.–, la mayoría de los casos que se presentan ante los estrados judiciales son pedidos de particulares que buscan impedir la difusión de determinada información, imágenes o datos en general, cuya difusión presuntamente lesionaría su honor o intimidad.

Entre los juristas hay posturas diferentes frente a la censura judicial previa, según la rama del Derecho que cultiven. En general, los autores provenientes del Derecho Civil son proclives a aceptar la censura judicial previa, de manera excepcional, para proteger ciertos derechos personalísimos como el honor, la intimidad o la imagen[87]. En estos casos, la censura previa es considerada una herramienta para reprimir agresiones a esos derechos, vengan de otros particulares o de los medios de comunicación. Para la mayoría de los constitucionalistas, en cambio, la prohibición de censura previa es absoluta: abarca a todos los Poderes del Estado. Fundamentan su postura en que la libertad de expresión es constitutiva del Estado Constitucional, y está por encima de otros derechos, aunque sean relevantes. En definitiva, sostienen que la ausencia de censura está en la cuna de las Constituciones y del Derecho Constitucional[88]. A

86. Conf. Sagüés, Néstor P., "Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, T. 2, p. 966, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/index/search/search?query=censura+judicial (Consultado el 20-2-2017).

87. *Vid.* Giuliano, Sergio; Guidi, Sebastián, "Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión", *RDD*, 2016 n° 2, *Prevención del daño*, Rubinzal-Culzoni, pp. 477-505; *Vid*. Budano Roig, Antonio R., "La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor", *ED*, 177-181; *Vid*. Morello, Augusto M., "Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa", *LL*, 5/II/2002, p. 2.

88. Conf. Badeni, Gregorio, *Tratado de la libertad de prensa,* Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 217. En este sentido, Blasi afirma que ningún derecho es absoluto, pero respecto de la libertad de expresión existe una garantía absoluta: la de no cercenarla mediante la censura previa. Conf. Blasi, Gastón Federico, "¿Existe una jerarquía entre los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Nacional? El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad", en *Rev. Jurídica El Dial*, Suplemento Derecho Público, DC 873, p. 3 (publicado el 17-4-2006).

modo de ejemplo, con referencia a la interpretación del artículo 14 de la Constitución, Segundo V. Linares Quintana afirma: "La Constitución no admite la intervención preventiva de nadie –particular o autoridad pública– que pueda afectar la libre circulación de la prensa"[89]; y Juan A. González Calderón expresa: "[…] este texto se refiere también a otros requisitos antiguamente usados para dificultar la libre emisión de las ideas, como son la licencia, la fianza, el depósito o los compromisos de cierta especie. Todos estos requisitos están prohibidos por el artículo, porque su aplicación importaría el cercenamiento de tan precioso derecho, como fácilmente puede comprenderse"[90].

En nuestros días, una excepción a esta corriente clásica de opinión es la del constitucionalista Fernando Toller, quien sostiene que no se puede equiparar la censura judicial a la prohibida por la Constitución Nacional, porque propiamente no es censura, y se diferencia cuantitativa y cualitativamente de la censura gubernamental. En efecto, las interdicciones judiciales de divulgar tienen las siguientes características:

1. Se disponen por magistrados judiciales independientes e imparciales.
2. Se expiden en procesos concretos, a pedido de parte y en tutela de los derechos constitucionales de los particulares.
3. Deben disponerse fundadas en derecho.
4. Son de tipo excepcional, específicas, en las que conviene que no se dicten inaudita parte.
5. Apuntan a impedir la difusión de hechos o noticias, no de opiniones o críticas.
6. Están sometidas a control jurisdiccional a través de los medios impugnativos procesales del caso[91].

Más allá de la discusión que hemos esbozado, es de interés señalar que la censura prohibida en nuestra Constitución, y en la que estaban pensando los convencionales constituyentes, es la administrativa y la

89. Linares Quintana, ob. cit., p. 447.

90. González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1960, p. 210.

91. Toller, Fernando, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. 568 y sigs.

legislativa, no la judicial, que era prácticamente inexistente en la época de su elaboración. Pero nada impide que mediante una interpretación dinámica del texto constitucional se la incluya por analogía[92].

b) La prohibición de censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[93]

La CADH, en conformidad con la tradición constitucional latinoamericana, prohíbe expresamente cualquier forma de medida preventiva al ejercicio de la libertad de expresión[94]. Como ya se señaló en párrafos anteriores, el artículo 13, inc. 2º, determina: "El ejercicio de este derecho previsto en el inciso precedente [libertad de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores […]".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos[95], en su Opinión Consultiva 5/85[96], abordó de forma general el tema de la censura. En esa ocasión, declaró que la prohibición de censura previa del artículo 13, inc. 2º, es absoluta, en el sentido de que ningún órgano del Estado, incluido el judicial, puede arrogarse la facultad de impedir la difusión de mensaje alguno. Para la Corte IDH, toda medida preventiva lesiona la libertad de expresión tutelada por la Convención. En este sentido ha dicho:

"El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4º, referentes a espectáculos públicos, in-

92. Sagüés, ob. cit., p. 968.

93. En adelante citaremos CADH.

94. *Vid.* Dulitzky, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (El caso Martorell)", *LL*, 1996-D-1679, cita 14, donde se hace una relación de las Constituciones de los diferentes países latinoamericanos donde se constata la prohibición de censura previa.

95. En adelante citaremos Corte IDH.

96. Sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención sobre Derechos Humanos) Serie A, n° 5, del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. En adelante citaremos OC, 5/85.

cluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención"[97].

Posteriormente, hace un análisis comparativo con los artículos pertinentes de la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 10) y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), para concluir que las garantías de la libertad de expresión contenidas en el artículo 13 de la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas[98].

Reafirma la prohibición de controles previos y establece la permisión de responsabilidades ulteriores de manera restringida, indicando los requisitos que deben reunir dichas limitaciones a la libertad de expresión para que sean respetuosas de la Convención.

"El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean 'necesarias para asegurar' los mencionados fines. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2"[99].

Respecto de la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, afirma que dependerá de que estén orientadas a "satisfacer un interés público imperativo", y que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo se escoja aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido[100].

La tesis de la prohibición absoluta de la censura previa en la Convención Americana ha sido ratificada en distintas oportunidades

97. OC, 5/85 n. 38.
98. OC, 5/85 n. 50.
99. OC, 5/85 n. 39.
100. Conf. OC, 5/85 n. 46.

por la Corte IDH, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[101].

VI. Conclusiones

Hemos abordado los conceptos de derecho a la intimidad y de derecho a la información y su evolución, en cuanto a la configuración de su contenido, por el paso del tiempo, con el cambio de costumbres, la profundización en las implicancias del respeto a la dignidad humana y el surgimiento de nuevas tecnologías y formas de comunicación.

Con la instauración de los Estados democráticos, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la libertad de expresión y, posteriormente, el derecho a la información, cobró gran importancia, en la medida en que se comprendió que su ejercicio efectivo era condición *sine qua non* para la eficaz participación de todos los ciudadanos en la cosa pública.

Hasta la culminación del siglo XIX y principios del XX, el goce del derecho a la intimidad era, en general, respetado. Pero los avances tecnológicos del siglo pasado, que hicieron más fácil y rápido el acceso y difusión de la información, colocaron al derecho a la intimidad en una situación de mayor vulnerabilidad. Se hizo imperioso, en los Estados democráticos de Derecho, fortalecer la protección de un ámbito de privacidad que asegurara a todos los habitantes un contorno de su vida personal fuera del alcance y la observación de terceros ajenos a ella.

De la exploración que hemos hecho, advertimos que estamos frente a dos derechos inherentes a la persona humana cuya protección es esencial para el respeto de la dignidad humana y para hacer posible una convivencia social acorde con ella. De ahí la importancia de armonizar el ejercicio de ambos derechos para que ninguno sea sacrificado por el otro, lo que implicaría una lesión a la dignidad de aquél cuyo derecho es resignado.

101. Conf. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia del 2 de julio del 2004; Comisión IDH, Informe 11/96, Caso “Martorell vs. Chile”, del 3 de mayo de 1996.

Analizamos el ordenamiento jurídico argentino y constatamos que ambos derechos fundamentales de la persona humana están tutelados por la Constitución Nacional y ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional que examinamos.

En el ámbito del Derecho Privado, consideramos, por su importancia desde el punto de vista de la evolución histórica de la protección civil de la privacidad, la incorporación del artículo 1071 bis, en 1975, al Código Civil de Vélez Sarsfield, que reglamentó el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. Posteriormente, estudiamos los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia en agosto de 2015 por Ley Nº 26.994. Señalamos que la relevancia de este nuevo código de fondo, respecto del tema que nos ocupa, radica en que sistematizó la regulación de los derechos personalísimos, y las consecuencias civiles de su lesión, tan solicitada durante años por la doctrina civilista.

Inferimos, del estudio hecho sobre la Carta Magna y el Derecho Privado que regulan el derecho a la vida privada y el derecho a la información, que no existe jerarquía superior de un derecho sobre el otro; por lo tanto, deben ejercerse armónicamente. Y en caso de conflictos, cuando alguien considere que quien ejerció su derecho a la información lesionó su intimidad sin causa de justificación, deberá acudir a los estrados judiciales para que un juez analice y decida, si en el caso concreto, el ejercicio del derecho a la información fue ejercido de manera regular o abusiva.

Queda abierto un interrogante que se discute entre los operadores jurídicos, en cuanto al alcance de la prohibición de censura previa al derecho a la información establecido en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de jerarquía constitucional. Advertimos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en sus sentencias que la prohibición de censura establecida en la Convención es absoluta y sólo puede darse en el supuesto contemplado en el artículo 13, inc. 4º): con el exclusivo objeto de regular el acceso a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Nuestro punto de vista sobre la "censura judicial" es que no se la puede equiparar a la censura prohibida por la Constitución: la administrativa y la legislativa. Sostenemos, con Toller, que la censura judicial no

está incluida en la veda constitucional, que es cualitativa y cuantitativamente diferente; y, en ocasiones, necesaria para la defensa del derecho a la intimidad en supuestos excepcionales, por ejemplo, cuando en la noticia está involucrado un niño.

Capítulo II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CONFLICTO CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

I. Introducción

Habiendo discurrido, en el primer capítulo, sobre las normas de nuestro ordenamiento jurídico referidas a los derechos a la intimidad y a la información, en éste analizaremos fallos relevantes de la CSJN que han resuelto casos en que se han presentado conflictos en el ejercicio de ambos derechos, en situaciones en las que los involucrados han sido periodistas y sus respectivas empresas informativas, frente a, en ocasiones, personas públicas y, en otras, particulares; y las informaciones cuestionadas se consideraron pertenecientes a la intimidad de las personas y, a su vez, de interés público o no.

La conveniencia del estudio de la Jurisprudencia del máximo Tribunal de nuestro país radica, como ya hemos señalado al comienzo de la investigación, en su condición de fuente del Derecho indiscutida. Ciertamente, si bien su interpretación del Derecho es vinculante sólo para las partes, al ser "Supremo", sus fallos son tenidos en cuenta en pronunciamientos futuros, tanto por los mismos jueces de la CSJN, como por los tribunales inferiores. Como consecuencia, es práctica común de los abogados y jueces consultar sentencias judiciales y utilizarlas para dar mayor fuerza a sus argumentos y pretensiones en el primer supuesto; y, a sus sentencias, en el segundo.

En este contexto, como adelantamos al comienzo de la introducción al capítulo, cobra importancia, para alcanzar los fines que nos propusimos en la presente obra, analizar los fallos judiciales de la CSJN, que han zanjado disputas sobre el alcance y contenido de los derechos a la información, ejercido por los profesionales de la

información, frente a la intimidad de personas con diferentes posiciones en la sociedad: personajes públicos –políticos, funcionarios del Estado, deportistas, personas de la farándula– o ciudadanos particulares.

De cada causa, transcribiremos los hechos, analizaremos los argumentos relevantes de las partes y los considerandos destacados del decisorio de la Corte Suprema. Posteriormente, individualizaremos la doctrina que emana del fallo examinado y haremos una valoración crítica.

Concretamente, estudiaremos el *leading case* “Ponzetti de Balbín” –una persona pública y una noticia de interés público–; continuaremos con los casos “Servini de Cubría” –una persona pública y una información, supuestamente de su intimidad y lesiva de su honor–; “Pérez Arriaga” –una persona particular, en el sentido de no pública, involucrada en una noticia de interés público–; “Menem” –una persona pública y una información de su vida privada–; “Roviralta” –una persona privada divorciada de una persona pública y una noticia de su vida privada–; “Franco” –una persona privada y una noticia de interés público. Por último, haremos una síntesis de la doctrina principal que surge de los fallos de la CSJN abordados y presentaremos las conclusiones.

II. Análisis de los fallos relevantes de la CSJN

II.1. “Indalia Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A.” (11-XII-1984)[1]

Hechos: La revista *Gente y la actualidad* publicó en la portada de la edición del 10 de septiembre de 1981 una fotografía del político radical Ricardo Balbín, tomada subrepticiamente la víspera de su muerte, en la sala de terapia intensiva del sanatorio donde se encontraba internado. Su esposa y su hijo promovieron demanda por daños y perjuicios contra “Editorial Atlántida S.A.”, propietaria de la revista, por violación del derecho a la intimidad. La demandada, vencida en las dos instancias ordinarias, interpuso recurso extraordi-

1. CSJN, *Fallos*: 306:1892.

nario que fue concedido[2]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia en lo que fue objeto del recurso.

Análisis del Fallo de la CSJN[3]

En su defensa, la parte demandada arguye la existencia de una causa de justificación que la exime de responsabilidad.

Por un lado, alega el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo que "se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 3).

Así mismo, afirma "no haber excedido 'el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que, muy por el contrario, significó un modo quizá criticable pero nunca justiciable de dar información gráfica de un hecho de gran interés general', fundamentando en razones de índole periodística la publicación de la fotografía en cuestión, por todo lo cual no pudo violar el derecho a la intimidad en los términos que prescribe el artículo 1071 bis del Código Civil". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 4).

La Corte fija los contornos del litigio determinando que en el caso se encuentran en juego "los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad". Por esa razón, procede a establecer el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos. (Conf. voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 5).

2. Bidart Campos afirma: "[…] ha hecho bien la Corte en admitir que en el presente caso había cuestión federal, ya que pese a fundarse la sentencia bajo recurso en una norma del Código Civil (art. 1071 bis), el tronco visceral del tema ascendía a disposiciones constitucionales directamente comprometidas en la causa: a) la libertad de prensa; b) el derecho a la intimidad". Conf. Bidart Campos, Germán, "El derecho a la intimidad y la libertad de prensa", *ED*, 112-239.

3. El fallo confirmó la sentencia apelada, dividido en tres votos: el del presidente del Tribunal Carrió y Fayt; el de Caballero y Belluscio; y el de Petracchi. Morello afirma que cada uno de los votos aporta "matices que, como en una sinfonía, van cobrando cadenciosos y ampliados registros". Conf. Morello, Augusto Mario, "La Corte Suprema y el nuevo derecho de la privacidad", *JA*-1985-I-534.

Respecto a las fronteras jurídicas del derecho a la información, señalamos en el capítulo anterior que existen límites internos y externos. Los límites internos hacen referencia a un elemento objetivo, la verdad, y a otro subjetivo, la actitud del informador hacia la verdad. Los límites externos son ciertos bienes jurídicos de igual jerarquía como los derechos personalísimos. En el caso objeto de nuestro análisis, la información publicada por la demandada respeta los límites internos: la información es verdadera; pero a la Corte le interesa dilucidar si se respetaron o no los límites externos, es decir, si se lesionó o no un bien jurídico de igual jerarquía: el derecho a la intimidad.

El Alto Tribunal hace un exhaustivo recorrido histórico de la evolución del contenido del derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, garantizado por el artículo 14 de nuestra Constitución, y realiza algunas precisiones acerca de su significado.

En este sentido dice: "Elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 6).

Pero "las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información, cine, radio, televisión, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen, y el derecho social a la información.

Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina [...].

Este derecho [la libertad de prensa] radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (*Fallos*: 269:195, cons. 5)". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 7).

En el mismo sentido, se dice que "el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles. En esa línea, el tribunal ha expresado que aun cuando la prohibición de restringir la libertad de imprenta comprende algo más que la censura anticipada de las obligaciones, no pueden quedar impunes las que no consistan en la discusión de los intereses y asuntos generales, y sean, por el contrario, dañosas a la moral y seguridad públicas, como las tendientes a excitar la rebelión y la guerra civil, o las que afectan la reputación de los particulares (*Fallos*: 119, p. 231)". (Voto de los ministros Belluscio y Caballero, cons. 5).

Se recuerda, así, que la libertad de prensa, al igual que los demás reconocidos en nuestra Constitución, no es un derecho absoluto. En efecto, el artículo 14 mencionado incluye la facultad del Estado de reglamentar los derechos, al decir: "Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio [...]"[4].

Al abordar el derecho a la privacidad e intimidad, señala que su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Seguidamente, describe el contenido del mencionado derecho.

4. Sobre la reglamentación de los derechos: *vid*. Bidegain, C. M.; Gallo, O.; Palazzo, E. L.; Punte, R.; Schinelli, G., *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 74-92.

"En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 8).

Una vez establecido el ámbito del bien jurídico protegido, indica los límites al derecho a la privacidad: "Sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 8).

Nuevamente estamos frente al reconocimiento expreso de que los derechos reconocidos por nuestra Carta Magna no son absolutos, y, por lo tanto, pueden ser limitados, siempre que haya razonabilidad en la medida.

La doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema es la siguiente:

1. Los personajes públicos son titulares del derecho a la intimidad

"En el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 9).

2. El criterio para determinar el mayor o menor umbral de protección de la intimidad de los personajes públicos es su propia conducta sobre su vida privada

"Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no ha fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente, la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 9).

3. El interés público de la información no es causa de justificación de la publicación de una fotografía tomada de manera subrepticia de una persona pública agonizando en la terapia intensiva de un sanatorio. Se trata de un hecho antijurídico por el que debe responder el medio que ejerció de manera abusiva su derecho a informar

"La publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista *Gente y la actualidad* excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticiamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado, que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista *Gente y la actualidad*, no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad". (Voto de los ministros Carrió y Fayt, cons. 10).

"El interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín, en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y la que los jueces están obligados a hacer respetar". (Voto de los ministros Caballero y Belluscio, cons. 7).

El decisorio del alto tribunal ha tenido una aceptación unánime en la doctrina[5] y es considerado un *leading case* de nuestra jurisprudencia, en cuanto que en él se han establecido pautas claras que han orientado y orientan en la actualidad al intérprete que debe resolver en los casos concretos si ha habido o no injerencia indebida en el ámbito de la privacidad, y si existe alguna causa de justificación que enerve la responsabilidad consecuente.

II.2. "María Romilda Servini de Cubría s/ amparo" (8-IX-1992)[6]

Hechos: La jueza María Romilda Servini de Cubría promovió una acción de amparo y solicitó como medida cautelar que se impidiera la proyección de un "tape" en el programa de TV "Tato, la leyenda continúa", por resultar ofensivo a su persona. Fundamentó su petición en ciertos sucesos ocurridos durante ese año: En las emisiones del programa del 28 de julio, 4 de agosto y 10 de diciembre de 1991, había sido difamada, y por esa razón había iniciado contra el canal y el conductor del programa una querella criminal por los delitos de injuria y desacato (delito actualmente derogado). Alegó que en esos días una persona –que dijo ser de Canal 13– se comunicó telefónicamente con ella, alertándola de que, en caso de iniciar las querellas aludidas, se emitiría, días más tarde, un programa aún más injuriante. La jueza invocó el artículo 1071 bis del Código Civil (actualmente derogado), que facultaba a instar la cesación de actividades violatorias del derecho a la intimidad. El juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada, porque consideró que la petición constituía un acto de censura previa, prohibido por nuestra Constitución Nacional. Servini de Cubría apeló la denegación de la cautelar que fue concedida por la Cámara interviniente, que revocó la sentencia de primera instancia y dispuso como medida cautelar prohibir provisionalmente la proyección de cualquier imagen o con-

5. Conf. Bustamante Alsina, Jorge, "La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del Estado y a las modernas técnicas de la información", *ED* (1986) t. 119, pp. 919-920; Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, ob. cit., p. 251; Cifuentes, Santos, *derechos personalísimos*, ob. cit., p. 552; Rivera, Julio C., "Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente", *LL*, 1985-B-114-122; Zannoni, Eduardo A.; Biscaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*, ob. cit., pp. 95-98.
6. CSJN, *Fallos*: 315:1943.

cepto vinculado con la actora. Contra dicha resolución, Tato Bores y Canal 13 interpusieron sendos recursos extraordinarios, cuya denegación parcial, por parte de la Cámara, motivó la presentación de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, aceptado, dejó sin efecto la sentencia apelada.

Análisis del Fallo de la CSJN[7]

En primer lugar, el voto mayoritario equipara la decisión apelada a sentencia definitiva, a los fines del artículo 14 de la Ley Nº 48. Seguidamente, señala que la apelación interpuesta se funda, sustancialmente, en el agravio a la garantía establecida en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, que autorizan a todos los habitantes a "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", "sin que el Congreso Nacional pueda dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

A continuación, luego de hacer una referencia a la Convención del Estado de Buenos Aires, concluye que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y la televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas. Sin embargo, apoyándose en jurisprudencia de EE. UU., advierte que, en razón de que cada medio presenta diferentes modalidades, se ha sostenido que la radiofonía y la televisión son las que gozan de protección más atenuada, fundamentalmente por su intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad "desplaza los derechos de quien allí se entromete" y, además, porque sus transmisiones son "singularmente accesibles a la infancia", lo que explica, en determinadas hipótesis, un tratamiento diferente. (Conf. cons. 1 a 4).

La CSJN reconoce en su voto mayoritario que la garantía que protege la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa también tutela las manifestaciones vertidas en programas de corte humorístico. En este sentido, afirma que desde Aristófanes, y quizá

7. El Voto de mayoría fue firmado por los jueces Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O'Connor, Levene (H) (por su voto), Fayt (por su voto), Boggiano (por su voto), Barra (en disidencia parcial), Belluscio (en disidencia parcial), Petracchi (en disidencia parcial).

antes, la sátira social y política ha sido un elemento sustantivo del universo cultural al que se suele denominar "Occidente". Nuestro país no exceptúa a esta regla, según dan cuenta –entre otras– las variadas manifestaciones gráficas que, en el siglo pasado y en el presente, cultivaron el género del humorismo político caricaturesco. (Conf. cons. 5).

Sostiene que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido. Ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión.

Menciona el Pacto de San José de Costa Rica (en ese momento incorporado a nuestra legislación por la Ley Nº 23.054), e indica que proporciona en su artículo 13 pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión. (Conf. cons. 8).

A continuación, manifiestan que, de la reseña efectuada en los considerandos anteriores, se desprende que tanto en nuestra Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el "Pacto de San José de Costa Rica", la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen. "Claro ejemplo de ello se advierte en el artículo 1º del Pacto antes mencionado, en el que se describen los actos que configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento –buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas–, los que pueden ser dados a conocer por diversos medios –oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro idóneo para su difusión–, sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados. Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional –libre expresión de ideas– o por el pacto mencionado –búsqueda, recepción y difusión de ideas e información. Dicho de otro

modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos, o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas". (Cons. 9).

De todos modos, reconoce que es evidente la estrecha relación que existe entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión, que resultaría una mera declaración teórica sin los instrumentos que permitieran publicar las ideas, brindar información o acceder a su conocimiento. Bastaría una simple restricción a la actividad de tales medios, para coartar el pleno ejercicio de esa libertad. Es por ello que, dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión y que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad y cita en similar sentido jurisprudencia estadounidense. (Conf. cons. 10).

Concluye determinando que "se advierte que el modo como el *a quo* resolvió en el caso concreto dista de ser compatible con los recaudos propios de una sentencia judicial congruente con la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, el tribunal apelado expresó que '[...] es innecesario visualizar los tapes que se mencionan en los agravios dado el alcance limitado y provisional de la cautelar que se dispondrá'; y, con este argumento, prohibió parcialmente la emisión de los mencionados tapes, cuyo conocimiento omitió en forma voluntaria. Es evidente, entonces, que la cámara afirmó la verosimilitud del derecho invocado, fundada únicamente en una supuesta llamada anónima recibida por la actora, sin atender al contenido del programa prohibido, con lo cual adoptó una medida cautelar ignorando los hechos sobre los cuales ejercía su jurisdicción. Las exigencias atenuadas de la fase cautelar del proceso no pueden convertirse en un absoluto desconocimiento de los hechos sobre los que recae la decisión, sin lesionar los derechos constitucionales del afectado (art. 18 de la Constitución Nacional). Este defecto en el modo de juzgar es determinante para descalificar el fallo recurrido, por el agravio inferido a la garantía constitucional del debido proceso; deficiencias que, además, impiden situar la cuestión invocada –siquiera *prima facie*– fuera del marco de la intensa protección constitucional que se alza contra la censura previa". (Cons. 13).

La doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema es la siguiente:

1. La garantía que protege la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa también tutela las manifestaciones vertidas en programas de corte humorístico

2. La prohibición de censura previa es relativa

No todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos, o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas.

3. Toda censura previa padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Hay que estudiar cada caso particular a la luz de este principio.

"Servini de Cubría" es un precedente de gran importancia en materia de libertad de expresión y censura judicial. En él se pueden ver diferentes criterios jurídicos respecto de si la prohibición de la censura previa es absoluta o puede tener excepciones, por ejemplo, cuando se afecta la intimidad o el honor de un individuo. En el caso, cabe señalar que, aunque la actora invocó el artículo 1071 bis, no estaba en juego el derecho a la intimidad, sino el derecho al honor de la jueza, cuestionada por su actuación en causas de repercusión política.

En el fallo mayoritario, como señalamos, la CSJN considera que la prohibición de censura es relativa. Por su parte, los jueces Belluscio y Petracchi consideran, en sus disidencias parciales, que la prohibición de censura previa sobre los medios de comunicación es absoluta.

En definitiva, lo valioso de este fallo es que planteó el debate acerca del carácter absoluto o relativo de la prohibición de censura, si ésta alcanza o no a los jueces, y si existen excepciones. Sin embargo, las peculiaridades del caso impidieron que se asentara una doctrina clara al respecto[8].

8. Conf. Ibarlucía, Emilio A., "Protección de la intimidad y prohibición de censura previa", en *RDPC*, 2006-n° 2, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pp. 50-52.

Han pasado veinticinco años del fallo que comentamos, y durante ese período se han dado avances clarificadores acerca de los alcances de dicha prohibición. En ese sentido, si bien en la literatura jurídica existen opiniones divergentes acerca de la forma de resolver la tensión entre el derecho a la información y derecho a la honra y la intimidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[9] ha determinado que la prohibición de censura previa es absoluta, en particular respecto a los derechos a la intimidad y la honra. En efecto, la CIDH, en el caso "Martorell"[10], interpretó que las previsiones del artículo 11 de la Convención (sobre protección a la honra y la dignidad) de ningún modo pueden sostener la procedencia de la violación del artículo 13 que prohíbe la censura previa.

A continuación, transcribimos los apartados pertinentes del Informe de Fondo de la CIDH, que determina el alcance absoluto de la prohibición de censura previa en el Pacto de San José de Costa Rica.

"55. La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones. El principio estipulado en ese artículo es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4º, que permite la censura de los 'espectáculos públicos' para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente por la ley y sólo puede imponerse en la medida necesaria para asegurar: a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

9. En adelante citaremos CIDH.

10. CIDH, "Francisco Martorell v. Chile", Caso 11.230, Informe de fondo No. 11/96, 3 de mayo de 1996, en http://hrlibrary.umn.edu/cases/1996/Schile11-96.htm (Consultado el 8-2-2017).

56. La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4º del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma".

La claridad y contundencia con la que la CIDH se expidió acerca del alcance absoluto de la prohibición de censura previa en el Pacto de San José de Costa Rica no debe llevarnos a la conclusión apresurada de que los conflictos futuros en este sentido serán resueltos con facilidad. El motivo de esta advertencia se funda en que existen otros tratados de igual jerarquía vigentes en nuestro país, que ponen en crisis ese postulado; concretamente, la Convención sobre los Derechos del Niño.

II.3. "Pérez Arriaga, Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A." (2-VI-1993)[11] y "Pérez Arriaga c/ Diario La Prensa S.A." (2-VI-1993)[12]

En este apartado abordaremos dos sentencias de la CSJN cuyas causas tienen como parte actora a Pérez Arriaga, un ciudadano particular, sin relevancia pública, y como partes demandadas, a dos empresas informativas respectivamente. Por recaer el objeto de las demandas sobre hechos iguales, y porque los fallos dieron la razón a los medios de comunicación, la valoración crítica que haremos al final del análisis de ambos será común.

Hechos: El diario *Clarín* y el diario *La Prensa* publicaron en febrero de 1988 una información acerca de la existencia de dos sentencias judiciales mencionando el nombre de las partes. En una de ellas, originada en el juicio de divorcio entre Pérez Arriaga y su primera cónyuge, el señor Pérez Arriaga había peticionado la conversión de la primitiva sentencia, en el divorcio vincular consagrado en la Ley

11. CSJN, *Fallos*: 316:1625.
12. CSJN, *Fallos*: 316:1636.

Nº 23.515, lo que suscitó un planteo de inconstitucionalidad de dicha norma legal efectuado por la otra parte, el que –desestimado por el tribunal– dio relevancia jurídica al caso. El señor Pérez Arriaga, que al momento de la publicación se encontraba unido de hecho con otra mujer con la que constituía un matrimonio aparente en su vida de relación, y con la que había tenido dos hijas, inició demanda por daños y perjuicios a ambos diarios por lesionar su derecho a la intimidad, al publicar innecesariamente su nombre. El actor sustentó su pretensión en que, si bien era cierto que por ser un *leading case*, se justificaba la publicación de la doctrina del fallo, al tratarse de un expediente de familia, y por lo tanto, de carácter reservado, debió omitirse el nombre de las partes, conforme lo dispone el artículo 64, inc. b) del Reglamento para la Justicia Nacional. Las demandadas vencidas en las dos instancias ordinarias interpusieron recurso extraordinario que fue concedido. Ambos fallos fueron revocados por la Corte Suprema.

A) "Pérez Arriaga, Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A."

Análisis del Fallo de la CSJN

El Tribunal Supremo examinó el conflicto surgido a raíz de la lesión a la intimidad de Pérez Arriaga, un ciudadano que no era hombre público, por un medio de prensa que publicó la información sobre una sentencia que le concernía, cuyo contenido era de interés público.

Los argumentos principales por los que el *a quo* falló a favor del demandante fueron los siguientes:

1) La difusión de una noticia periodística con individualización de quienes estaban alcanzados en su intimidad se produjo con "alguna negligencia" del diario, lo que genera la obligación indemnizatoria en los términos del artículo 1109 del Código Civil, sin necesidad de acudir a una concepción objetiva en la interpretación del artículo 1071 bis.
2) Aunque se aduzca que todos los derechos constitucionales tienen igual jerarquía, ante la colisión de éstos, y con la necesidad de armonizar la coexistencia de los bienes jurídicos protegidos, debe darse preeminencia a la dignidad del hombre y

sus derivados –entre los que se halla la intimidad– por sobre la libertad de prensa. (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 3).

Por su parte, el recurrente criticó el pronunciamiento del *a quo*, en primer lugar, alegando que se basó en una inaceptable renuncia a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva que remite a la entrega de la sentencia sin testar los nombres de las partes por la misma sala. Y, en segundo término, porque se han desconocido expresas disposiciones constitucionales que amparan la libertad de prensa.

Y agregó que en nuestro ordenamiento jurídico la prensa accede a las sentencias judiciales en litigios suscitados por cuestiones de familia mediante las copias para la publicidad, que expiden los tribunales respectivos, según dispone el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El libramiento de estas copias es facultad excluyente de los jueces de la causa, y una vez dada a los medios, su publicidad no se halla sujeta a limitación alguna. En el presente caso se ha pretendido que el diario debió, por su propia iniciativa y como una obligación legal, no publicar los nombres de las partes intervinientes. (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 4).

El voto de mayoría, firmado por Fayt, Barra y Cavagna Martínez, que dejó sin efecto la sentencia en recurso[13], afirmó que "la libertad que la Constitución Nacional otorga a la prensa, al tener un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa, ha de imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes que impida la obstrucción o entorpecimiento de su función. En tal sentido, es preciso remarcar, como nota esencial dentro de las previsiones de la Ley Suprema, que ésta confiere al derecho de dar y recibir información una especial relevancia, que se hace aún más evidente para con la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para el interés general". (Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 6).

13. Los restantes integrantes de la CSJN de ese momento, Boggiano y Petracchi, votaron según su voto, y Belluscio, Nazareno y Moliné O'Connor, en disidencia, invocando el art. 280 del CPCCN, consideraron que era inadmisible el recurso extraordinario.

Además, los jueces consideraron que “la exigencia de que en su desenvolvimiento la prensa libre resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, no implica imponer a los cronistas el deber de auto-limitar su función, especialmente cuando, como en el caso, el sustrato fáctico sobre el que reposa la noticia es un pronunciamiento judicial”. (Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 7).

Frente a la antijuridicidad de la conducta del medio demandado, se afirma que existe una causa de justificación, que es el ejercicio regular del derecho a la información, en tanto que el diario ha reproducido en forma objetiva una información que es de interés público.

El Alto Tribunal manifiesta que no hay duda de la importancia pública de la noticia en cuestión. Por un lado, el pronunciamiento judicial definió el alcance de la Ley Nº 23.515, que posibilita la disolución del vínculo matrimonial, que concitó el mayor interés comunitario. Por otro, es de gran trascendencia el que se trate de un primer precedente para decisiones futuras en el mismo tipo de casos, al grado de que la CSJN ha equiparado, en ciertas ocasiones, sus efectos a cambios de orden normativo. (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 9).

Reafirma que el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones se impongan únicamente por ley, cuya interpretación debe ser restrictiva.

La prensa, es decir, el periódico como medio y el periodista como comunicador, no responde cuando la crónica se reduce a la reproducción imparcial y exacta de la noticia proporcionada para su difusión por autoridad pública competente, dentro de los límites que ha sentado el Tribunal en *Fallos*: 308:789. (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 11).

Para reafirmar su postura, acude a jurisprudencia norteamericana, en la que se ventila un caso análogo donde se falla en favor del medio que difundió la información lesiva de la intimidad de la persona involucrada en la noticia.

“Idénticas consideraciones a las reseñadas precedentemente ha suscitado en el seno de la Corte Suprema de los Estados Unidos el conflicto planteado en este caso. Así, *in re*: ‘Cox Broadcasting Corp. y otros vs. Cohn’ (420, U.S.D., 469), en el que, frente a una

demanda dirigida contra un medio noticioso por haber dado a conocer el nombre de una mujer que había sido objeto de violación, aquel tribunal tuvo oportunidad de expresar: ‘Se impone una gran responsabilidad a los medios noticiosos en cuanto a la información completa y precisa de la actuación del gobierno [...] En relación a los procesos judiciales en particular, la función de la prensa sirve para garantizar la imparcialidad de los juicios y para ofrecer los efectos benéficos del escrutinio público sobre la administración de justicia’; ver también: ‘Sheppard vs. Maxwell’ (384, U.S. 333,350). En el caso citado se concluyó: ‘Los intereses a favor de la protección del derecho a la intimidad palidecen cuando la información cuestionada ya se encuentra en registros públicos, especialmente si se los considera desde la óptica de las Primera y Decimocuarta Enmienda y del interés público apuntado a promover la existencia de una prensa vigorosa’”. (Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 11).

La doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema es la siguiente:

1. Cuando la noticia es de interés público, se encuentra en registros públicos y se refiere a actos de gobierno, como es un proceso judicial, el derecho a la información prevalece frente al derecho a la intimidad de un particular

En relación al tratamiento que cabe atribuir al uso de las fuentes, la CSJN proclama que “mientras un diario reproduzca una información objetiva, persiguiendo un interés público, resulta claro que no puede merecer reproche judicial de ninguna especie ni estar obligado a pagar resarcimiento civil o pecuniario. Esta afirmación no significa impunidad ni privilegio, ni erigir al derecho de prensa, y por extensión al de información como un derecho superior, mas sí otorgarle un ámbito de protección básica que le asegure al cuerpo social el cumplimiento de su tarea”. (Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 8).

Respecto de la licitud de la conducta de los medios de comunicación que reproducen noticias que lesionan la intimidad de un particular, pero a su vez, dan a conocer al escrutinio público actos de gobierno cuyo contenido es de interés público, y que se hallan en registros públicos, remitimos al voto de mayoría, cons. 11, citado más arriba.

2. El ejercicio del derecho de informar se rige por el régimen general de responsabilidad civil por el hecho propio

En relación al factor de atribución de responsabilidad, el Tribunal Supremo sostuvo que el ejercicio del derecho de informar se rige por el régimen general de responsabilidad civil por el hecho propio. Por lo tanto, quien alega culpa o dolo, debe demostrarlo.

"El derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por tanto, si la información es lesiva al honor, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio moral causado. En tal caso, comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del artículo 1109 del Código Civil". (Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 10).

Y recordó que los principios generales en los que se basa todo el orden que rige en materia de responsabilidad por daños causados, establecen que ni la culpa ni el dolo se presumen y quien los alega como factores de imputabilidad debe demostrarlos. (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 12).

3. En el Derecho Civil argentino no existe responsabilidad objetiva aplicable a la actividad riesgosa de la prensa

"No existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa. Si fuera así, el deber de resarcir debería imponerse ante la sola comprobación del daño. Por ello, en el sistema legal vigente es imprescindible probar aun el factor de imputabilidad subjetivo –sea la culpa o el dolo– de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica". (Conf. Voto de Fayt, Barra y Cavagna Martínez, cons. 10).

B) "Pérez Arriaga c/ Diario La Prensa S.A."

La Corte manifestó que existía sustancial analogía con las cuestiones ya resueltas por ella en "Pérez Arriaga, Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.", de la misma fecha. Por ese motivo remitió a lo dicho en ese fallo por razones de brevedad. De todos

modos, es interesante rescatar algunos conceptos emitidos en el voto de los ministros Boggiano y Petracchi.

La doctrina emanada del fallo de los jueces mencionados es la siguiente:

1. Las sentencias definitivas son actos de gobierno y en cuanto tales, en un sistema republicano, llamadas a ser difundidas

"Es esencial en todo sistema republicano la publicidad de los actos de gobierno, no pudiendo negarse que revisten aquella condición –en un sentido lato– las sentencias definitivas. Esta publicidad debe ser preservada tanto más cuando en el proceso civil nacional, de hecho, es muy menguada la posibilidad de que la sociedad fiscalice la administración de justicia.

Es por ello que, cuando la difusión de esos actos se produce a través del periodismo, se está potenciando la señalada característica y, de esa forma, respetando la verdadera naturaleza de aquellos, en adecuada consonancia con los principios que informan el sistema constitucional". (Cons. 6).

2. Antijuridicidad: existe una causa de justificación, que es el hecho de que la información es de interés público y se encuentra en registros públicos

"La doctrina norteamericana afirma que cuando se difunde información obtenida de registros públicos (*public records*), los jueces no suelen hacer lugar a las demandas de daños y perjuicios por invasión a la privacidad. Aun cuando alguna persona se vea perturbada por la difusión de su fecha de casamiento, de nacimiento o de cualquier otro dato que surja de registros públicos, si dicha información es fiel a éstos, no se genera responsabilidad. (Ver Harold L. Nelson y Dwight L. Teeter Jr., *Law of Mass Communications*, cuarta edición, The Foundation Press, Inc., 1982, p. 199 y sus citas)". (Cons. 7).

3. La potestad para limitar la difusión de sentencias es del órgano judicial

"El órgano judicial del que emana la decisión impondrá limitaciones a su publicación –más o menos extensas–, por 'razones de decoro' o en resguardo de 'la intimidad de las partes o de terceros' (conf. art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Estas son excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la impor-

tancia de dichos valores (conf. 'Protecting privacy under the fourth amendment', *The Yale Law Journal*, Vol. 91, 1981, p. 313, en especial nota 4°).

Es el tribunal que generó el acto el único que debe examinar si su difusión afecta derechos como los aludidos y, por lo tanto, si se configuran algunas de las citadas excepciones.

Si este control no se ha cumplido, no corresponde constituir al resto de los habitantes en subrogantes de tal deber. Si, en cambio, el órgano jurisdiccional decidió deliberadamente no retacear la publicidad de fallo, no se advierte a título de qué otras personas podrían hacer primar su criterio por sobre el del tribunal. En cualquiera de los dos supuestos sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona 'el decoro' o 'la intimidad'". (Cons. 8).

C) Valoración crítica de ambas sentencias

Los decisorios de la Corte Suprema en los dos casos reseñados han provocado numerosas críticas[14]. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, remitimos al exhaustivo y clarificador análisis del fallo hecho por Julio C. Rivera (h), cuyos argumentos compartimos y reseñaremos a continuación.

14. Para conocer opiniones contrarias a la doctrina emanada de la Corte, *vid.* Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, ob. cit., p. 583; Rivera, Julio C., "Publicación de sentencias que hacen al estado civil", *ED*, 157-737; Zambrano, Pilar; Cianciardo, Juan, "'Pérez Arriaga': La responsabilidad de los medios en la difusión de las sentencias judiciales", *ED*, 154-966; Ekmekdjian, Miguel Á., "El derecho a la intimidad y la libertad de prensa nuevamente en conflicto", *LL*, 1993-E-78; Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, ob. cit., pp. 254-260; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, T. II, "Daños a las personas", Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 135-136. Autores a favor de la doctrina de los fallos de la Corte Suprema, *vid.* Bidart Campos, Germán, "La publicidad informativa de una sentencia y la libertad de prensa", *ED*, 154-330; Fayt, Carlos, *La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 296; Bianchi, Tomás; Gullco, Hernán, "Responsabilidad por violación de la privacidad (la tensión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión)", en *La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Alterini-López Cabana (Dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 125; Basterra, Marcela, *Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad*, ob. cit., p. 287.

Este jurista critica la adopción irreflexiva y mecánica de la jurisprudencia estadounidense por parte de la CSJN, que omitió estudiar el caso a la luz de nuestro Derecho Constitucional. Señala el autor que resulta sorprendente notar que la Corte omite toda referencia a la existencia de una tensión entre dos derechos constitucionales: la libertad de expresión y la intimidad. La CSJN encuadró el caso como si se tratara de un conflicto entre la libertad de prensa y el deber del Estado de dar a publicidad sus actos de gobierno, soslayando por completo los alcances del artículo 19 de la Constitución Nacional, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 14 y 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 1071 bis del Código Civil y la aplicación de estas disposiciones al caso concreto. Sugiere el autor que esta actitud de la Corte manifiesta la excesiva influencia del Derecho Constitucional estadounidense, en donde el derecho a la intimidad no tiene jerarquía constitucional, y donde los casos se analizan como un conflicto entre el Estado censor y la libertad de expresión.

En segundo lugar, Rivera objeta que la Corte no explicara de qué manera se lesionaba la libertad de prensa y el principio de publicidad de los actos de gobierno si se castigaba a un medio de prensa por haber identificado a las partes de un juicio de divorcio. En otras palabras, la CSJN no justificó de qué manera la identificación de las partes resultaba necesaria para que la libertad de expresión alcanzara su finalidad. En realidad, la identificación de las partes era un dato carente de interés general, aunque la noticia sí lo era. Por eso concluye que el castigo a los órganos de prensa por la identificación de las partes de un juicio de divorcio no afectaba de ningún modo el control de los actos de gobierno.

En tercer lugar, el autor señala que se equivoca la Corte al afirmar sin matices que los intereses de la intimidad palidecen cuando la información cuestionada se encuentra en registros públicos. Si bien esta aseveración puede ser correcta en el Derecho Constitucional estadounidense, no lo es en el Derecho argentino. En efecto, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hoy goza de jerarquía constitucional –y en el momento del fallo, era un tratado aprobado por la Ley Nº 23.313 de 1986, y operativo, según la doctrina de la Corte Suprema en el caso

"Ekmekdjian c/ Sofovich[15]–, expresamente dispone que el principio de publicidad de los procesos judiciales no rige en materia de pleitos matrimoniales.

En cuarto lugar, señala Rivera que es erróneo sostener que sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona la intimidad. Conforme a nuestro Derecho, y a diferencia del Derecho estadounidense, los derechos constitucionales son directamente oponibles a los particulares. Los medios de prensa tienen la obligación constitucional de respetar el derecho a la intimidad de las personas con independencia del grado de diligencia con que obra el Estado. Y si el Estado, por negligencia o dolo, permitió el acceso a cierta información privada, eso no habilita al periodista a publicarla. El profesional de la información debe evaluar si está frente a un dato de interés público o no, y deberá actuar en consecuencia; y si decide la publicación de datos que lesionan la intimidad de una persona, responder por su conducta[16].

En el ámbito de la doctrina civilista, cabe destacar la crítica realizada por Pizarro, que compartimos. Este autor afirma que la doctrina sentada por el Alto Tribunal se aparta de los principios rectores de la responsabilidad civil vigente en nuestro país. En este sentido declara: "Una vez más, advertimos [...] un defecto preocupante en la fundamentación de decisorios vinculados con la responsabilidad de los medios, *que parece orientarse a buscar antecedentes en el Derecho estadounidense más que a valorar la normativa vigente de Derecho Interno*. La Corte Suprema parece no haber tenido en cuenta que nuestro sistema de Derecho de Daños difiere del estadounidense, lo que torna inaplicable muchas de las soluciones jurisprudenciales del *Common Law*.

El Derecho Privado argentino reconoce sus raíces en otras fuentes, distintas del Derecho estadounidense, fuertemente influidas por el Derecho romano, el Derecho francés y, más recientemente, por las más modernas doctrinas de la Europa continental.

15. Conf. CSJN, *Fallos*: 315:1492, voto de mayoría, cons. 18-20.

16. *Vid.* Rivera (h), Julio César, "El derecho a la intimidad como límite a la publicación de sentencias. Análisis crítico de la doctrina sentada en los casos 'P. A. c/ Arte Gráfico Editorial S.A.' y 'P. A. c/ Diario La Prensa' desde una perspectiva constitucional", en *RDPC*, 2006 n° 2. *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 67-112.

Prescindir de todo un esquema normativo, sin declarar previamente su inconstitucionalidad, por el solo hecho de que el dañador sea un medio de comunicación, importa una idea inaceptable y regresiva en materia de responsabilidad civil”[17].

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil –vigente en al momento en que sucedieron los hechos y en que la CSJN produce su fallo–, en los artículos 1066 y 1067, para que exista ilicitud civil es preciso que se conjuguen tres elementos:

a) *elemento objetivo:* violación del ordenamiento jurídico, reseñado en el artículo 1066, cuando dice que para que el acto sea ilícito debe estar expresamente prohibido por la ley, entendiéndose por tal toda disposición emanada de autoridad competente.
b) *elemento subjetivo:* voluntariedad del acto, que debe ser imputable al agente en razón de su dolo (delito), o de su culpa (cuasidelito). Se relaciona con la voluntariedad del agente (art. 1066), y con su actuar doloso o culposo (última parte del art. 1067).
c) *elemento externo o material:* el daño. Se vincula con la responsabilidad civil, más que con la ilicitud propiamente dicha[18], y consiste en el menoscabo de valores económicos o patrimoniales (daño material, art. 1068) o, en algunas hipótesis particulares, en la lesión al honor, la intimidad u otras afecciones legítimas (daño moral, art. 1078). Si el hecho no ha provocado daño, aunque exista lo que puede denominarse ilicitud pura (violación del ordenamiento jurídico, más culpabilidad en sentido lato), suele afirmarse, de manera general, que no presenta interés para el Derecho Civil, aunque pueda ser objeto de atención para otras ramas del Derecho[19].

17. Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, ob. cit., p. 263.

18. El acto es ilícito, se ocasione o no un daño indemnizable. En consecuencia, no podemos considerar el daño como “elemento” del acto ilícito, sino como elemento de la “responsabilidad civil”.

19. Conf. Moisset de Espanés, Luis, “El acto ilícito y la responsabilidad civil”, en *La Responsabilidad*. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg; Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto M. (Dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 99.

Aplicando los conceptos arriba transcriptos al caso analizado, podemos sostener que el hecho de que un medio publique una sentencia relativa a una cuestión de Derecho de Familia, identificando arbitraria e innecesariamente a las partes, incurre en una conducta antijurídica, en cuanto viola voluntariamente el artículo 1071 bis del Código Civil y produce un daño que genera responsabilidad civil con la consiguiente obligación de reparar el perjuicio ocasionado. Por lo tanto, son los medios los que deben invocar y probar que el entrometimiento no es arbitrario, es decir, contrario a Derecho, por la existencia de una causa de justificación. En el caso, sería el ejercicio regular del derecho de informar acerca de un tema que, aunque pertenece a la esfera de la intimidad, en el asunto concreto existe un interés público prevaleciente en conocer esos datos. Además, corresponde también al medio probar que se ha cumplido con los requisitos formales que exige el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el fallo que analizamos, aseveramos, con autorizada doctrina, que el Alto Tribunal prescindió del artículo 1071 bis del Código Civil como si se estuviera frente a un ámbito en el que no se aplicara. La antijuridicidad de difundir innecesariamente la identidad de las partes de un juicio de divorcio surge claramente del artículo mencionado, en la medida en que prohíbe cualquier entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Por esa razón, como hemos dicho anteriormente, es el medio que lesionó la intimidad, al informar, el que debe demostrar que existió una causa de justificación por la cual no debe responder, aunque haya causado un daño[20].

Otro de los argumentos de la Corte para revocar los fallos de segunda instancia fue que en el sistema republicano es esencial la publicidad de los actos de gobierno, entre los que se encuentran las sentencias definitivas; razón por la cual, son susceptibles de ser difundidas. Es más, declara que mediante su publicación se permite el ejercicio del control por parte de la ciudadanía del funcionamiento de la administración de Justicia. Si bien existen excepciones, estas se dan cuando el órgano judicial del que emana la decisión impone límites a su publicación por razones de decoro o en resguardo de la intimidad de las partes o de terceros (conf. art. 164, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

20. Conf. Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, ob. cit., p. 267.

Parece claro, a nuestro modo de ver, que apelar a la publicidad de los actos de gobierno, en la forma en que lo hace la Corte, implica desnaturalizar su sentido al aplicarlo a sentencias judiciales referidas a asuntos íntimos que los ciudadanos presentan ante los tribunales.

El interés social de controlar el funcionamiento de la administración de justicia se puede satisfacer accediendo a la información acerca del número de causas que resuelve, la celeridad con que lo hace, la idoneidad de los miembros del Poder Judicial, etc. No alcanzamos a descubrir dónde radica el interés público en conocer el nombre de las partes en fallos relativos a cuestiones de familia, en los que por el tipo de asuntos que se ventilan, es preciso resguardar el derecho a la privacidad. Si realmente este argumento fuera válido, muchos ciudadanos desistirían de buscar justicia en los tribunales por temor a la difusión de asuntos de su vida privada que no desean, por pudor y decoro, que se difundan más allá de los estrados judiciales.

En cuanto a la alegación de que el Tribunal debe decidir la prohibición de la publicidad de la identidad de las partes de un juicio y si no lo hace la difusión es libre de restricciones, también nos parece una interpretación inadecuada de la normativa vigente. En efecto, una norma procesal, como es el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no puede anular ni modificar una norma sustancial, como el artículo 1071 bis, que protege la intimidad frente a intromisiones arbitrarias. Más allá de que los jueces no hayan hecho uso de la prerrogativa procesal mencionada, si los medios de comunicación realizan un acto antijurídico y provocan un daño, deben responder en conformidad con el artículo 1071 bis.

También consideramos errónea la afirmación de la Corte acerca de que si los nombres se encuentran en registros públicos, como en el caso concreto, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, pueden darse a publicidad. Parecería una aserción carente de fundamentos porque, según el artículo 9º del Decreto Ley Nº 8.204/1963, modificado por la Ley Nº 18.327, establece que sólo quienes demuestren un interés comprometido concreto tienen acceso a esos datos[21].

21. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, ob. cit., p. 583.

Como veremos en el capítulo IV, en "Maradona" y "Romano", los precedentes "Pérez Arriaga" fueron alegados como defensa por los medios periodísticos, frente a reclamos judiciales de particulares lesionados en su intimidad, con suerte adversa para los demandados.

En definitiva, se trata de un fallo que, a nuestro modo de ver, no honró su noble misión de hacer justicia al validar el ejercicio abusivo del derecho a informar una noticia de interés público, menoscabando sin causa de justificación el derecho a la intimidad de los particulares involucrados.

II.4. "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros" (25-IX-2001)[22]

Hechos: El semanario *Noticias* publicó, sin autorización de Carlos Saúl Menem, en ese momento Presidente de la República Argentina, una serie de notas periodísticas ilustradas por fotografías sobre su presunta paternidad extramatrimonial, fruto de una relación de igual naturaleza, ocurrida en el año 1980 en la Provincia de Formosa y del estado anímico de su ex-cónyuge respecto a la misma.

El Dr. Menem se sintió agraviado y promovió acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil, por lesión a su intimidad, fundada en el artículo 1071 bis del Código Civil vigente en ese momento. Cabe aclarar que, aunque la noticia violaba la intimidad del menor involucrado como presunto hijo no reconocido del Presidente, en la causa el actor accionó contra la empresa informativa y sus periodistas sólo por lesionar su propia privacidad.

En primera instancia fue rechazada la demanda, pero apelada la sentencia, la Cámara revocó la resolución, dando lugar a la indemnización. De esta forma, condenó a los periodistas Jorge Fontevecchia, director y, Héctor D'Amico, editor, de la revista *Noticias* en 1995, por la publicación objetada como violatoria de la intimidad del presidente Menem.

Los perdidosos interpusieron recurso extraordinario que fue concedido. La Corte Suprema confirmó la atribución de responsabilidad, reduciendo el monto de la condena.

22. CSJN, *Fallos*: 324:2895.

Los periodistas, con patrocinio letrado, presentaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 15 de noviembre de 2001, solicitando la condena a la República Argentina por violar la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En su Informe de admisibilidad n° 51/05 del 12 de octubre de 2005, la Comisión declaró admisible la petición respecto de la presunta violación del mencionado artículo, en relación con los artículos 1.1 y 2º del mismo instrumento. El 13 de julio de 2010 aprobó el Informe de fondo n° 82/10, en los términos del artículo 50 de la Convención, en el cual realizó una serie de recomendaciones al Estado argentino[23]. Este último informe fue notificado a la Argentina mediante una comunicación del 11 de agosto de 2010, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Vencido el plazo de la prórroga solicitada por Argentina, la Comisión sometió el caso al Tribunal Interamericano debido a la falta de cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado y a la consecuente necesidad de obtener justicia y una reparación justa.

La sentencia de la Corte IDH, adoptada por unanimidad el 29 de noviembre de 2011, concluyó lo siguiente:

1. El Estado violó el derecho a la libertad de expresión reconocido por el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico.
2. El Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de Derecho Interno, reconocida en el artículo 2º de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico.

La Corte IDH consideró que su Sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, exigió al Estado argentino las siguientes medidas:

23. En la "etapa de Fondo" la CIDH decide si hubo violaciones a los Derechos Humanos en el caso analizado. Esta fase culmina con la aprobación de un "informe de fondo". Si este concluye que los hechos del caso configuran violaciones a los Derechos Humanos, el mismo incluye también recomendaciones al Estado. Conf. httpp://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp (Consultado el 16-3-2016).

a) dejar sin efecto la condena civil impuesta contra los dos periodistas, y todas sus consecuencias;
b) publicar y difundir la Sentencia internacional por diferentes medios, y
c) pagar determinadas sumas en concepto de reintegro de costas y gastos[24].

La CSJN, en su sentencia del 14 de febrero de 2017, en los autos "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", advirtió, en el voto de mayoría, que ya había cumplido con la solicitud de publicar la Sentencia de la Corte IDH; a su vez, remarcó que, por el principio de división de poderes vigente en nuestro país, nada puede hacer respecto del punto c) que compete al PEN. Y en cuanto al punto a), determinó no revocar su propio fallo en la causa "Menem" porque consideró que el pedido de la Corte IDH excedía la potestad remedial que la Convención Americana le otorgaba, e iba contra los principios del Derecho Público argentino, entre los que se encuentra el carácter supremo y cabeza del Poder Judicial argentino, de la CSJN. Dejar sin efecto su propio fallo implicaría reconocer en la Corte IDH una suerte de cuarta instancia revisora de sus sentencias, desvirtuando su carácter de órgano supremo del Poder Judicial de la Nación. A continuación, transcribimos algunos de los considerandos del fallo:

"En cuanto al punto 'b' la medida ha sido cumplimentada –en lo que a este Tribunal compete– mediante la publicación instrumentada a través de dos portales: el Centro de Información Judicial y la página de jurisprudencia del Tribunal, ámbito donde figura también la publicación de la sentencia dictada por esta Corte en la causa 'Menem'. En relación al punto 'c', vale destacar que las obligaciones allí impuestas se encuentran fuera del alcance de las presentes actuaciones, toda vez que –en esta instancia– no resulta necesaria la intervención judicial para que el Estado argentino proceda voluntariamente a su cumplimiento, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias entre los distintos poderes del Estado. Finalmente, respecto del punto 'a', la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a

24. Conf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_238_esp.pdf (Consultado el 19-3-2016).

esta Corte Suprema un oficio en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a este Tribunal para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina', en fecha 29 de noviembre de 2011 (fs. 37 del expte. 6439/2012)". (Cons. 4).

"Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de *Fallos*: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6°). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana". (Cons. 6).

"Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional". (Cons. 17)[25].

El 18 de octubre de 2017 la Corte IDH, en un trámite de supervisión de cumplimiento de sentencia, decidió que el Estado argentino no cumplió con lo resuelto por ella, en cuanto a dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontevecchia y D'Amico, y las demás consecuencias de dicho veredicto, por lo que mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del fallo de la Corte IDH[26].

25. Conf. "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". CSJN, Sentencia del 14-2-2017, Magistrados: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz. Voto: Rosatti. Disidencia: Maqueda; Id SAIJ: FA17000003 en http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf (Consultado el 8-3-2017).

26. Conf. Corte IDH, "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", Resolución del 18/X/2017, sobre "Supervisión de cumplimiento de sentencia", en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf (Consultado el 10-2-

Análisis del Fallo de la CSJN

La Corte considera que el punto central a dilucidar es la tensión entre el derecho a la libertad de expresión o información, que "goza de un lugar eminente en la Constitución Nacional y en los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados al texto constitucional por voluntad de los constituyentes de 1994, por una parte, y, por la otra, el derecho de protección de una esfera de intimidad, consagrado genéricamente en el artículo 19 de la Ley Fundamental, y que aparece tutelado según diversas fórmulas en los Tratados de Derechos Humanos incorporados en el artículo 75, inc. 22, de la Constitución (arts. 17, párrafos 1º y 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y 11, párrafos 2º y 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros)". (Voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 5).

En definitiva, se trata de "determinar si las publicaciones cuestionadas constituyeron o no una indebida intromisión en la esfera de intimidad del actor". (Voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 4).

De los reproches enunciados por la parte recurrente, dos de ellos interesan para el tema que estamos estudiando:

a) la violación de principios constitucionales de rango preeminente por ilegítima limitación a la libertad de prensa, que comprende la libertad de información sobre aspectos de la vida privada del actor que hacen a su personalidad de hombre público y que, por tanto, constituyen materia de interés general;

2018). Aunque el conflicto entre ambas Cortes excede el tema de nuestro estudio, brevemente podemos decir con Sagüés, que el Tribunal regional, al responder en su resolución a los argumentos esgrimidos por la CSJN para negarse a ejecutar una parte del fallo de la Corte IDH, le da a nuestro Alto tribunal elementos de juicio para tener en cuenta y rever su posición acerca de quién determina la competencia de los organismos jurisdiccionales internacionales; su autoridad como ente regional, para revisar decisiones de los tribunales locales, y las posibles objeciones de Derecho Interno ante el Derecho Internacional. El autor citado, además de hacer un análisis crítico de la posición del Tribunal argentino y compartir, en cierto modo, los argumentos de la Corte IDH, tiene una mirada optimista acerca de la futura resolución de la controversia planteada entre ambos Tribunales. Conf. Sagüés, Néstor P., "Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el 'choque de trenes'", *LL*, 22-11-2017, pp. 1-6.

b) el apartamiento de la doctrina de la "real malicia". (Voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 2).

El fallo concluye considerando que no ha habido violación de la libertad de información porque el contenido publicado no era atinente al hombre público y a su función. Además, aclara que la doctrina de la "real malicia" se aplica en casos de noticias difamatorias o erróneas; no en las referidas a la intimidad, ya que en este ámbito la verdad de la información es irrelevante.

En definitiva, determina que, en el caso concreto, se ha violado la intimidad del actor, funcionario público, y no existe una causa de justificación que libere a los demandados de la responsabilidad por daños y perjuicios, como es el interés público de la información.

La doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema es la siguiente:

1. No es aplicable la doctrina de la "real malicia" cuando se lesiona el derecho a la intimidad

Frente al agravio de la parte demandada acerca de que no se ha aplicado la doctrina de "la real malicia", el Alto Tribunal afirma que no es aplicable porque se trata de una elaboración jurisprudencial relevante para el supuesto de publicaciones difamatorias o erróneas.

"Debe recordarse que cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no (Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, Sentencia 191/91, publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 274, del 15 de noviembre de 1991)". (Voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 4).

2. El derecho a la libertad de expresión e información no es absoluto

En el fallo, el Alto Tribunal ratifica la doctrina sostenida por él mismo de manera uniforme en el sentido de que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos en cuanto a su ejercicio. En este sentido dice: "El derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en sentido amplio,

tiene un lugar eminente que obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa". (*Fallos*: 119:231; 155:57: 167:121; 269:189; 310:508; 315:632) (Voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 7).

3. Contenido del derecho a la intimidad

En el cons. 12 se transcribe el cons. 8 del voto de los ministros Fayt y Carrió en Ponzetti de Balbín, que establece de modo genérico los aspectos de la vida de una persona que entran dentro del área protegida por nuestro ordenamiento jurídico: "En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello".

4. Excepciones a la protección de la intimidad

En la última parte del cons. 12 ya citado se transcribe el cons. 8 del voto de los ministros Fayt y Carrió en Ponzetti de Balbín: "Sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen".

5. Los personajes públicos son titulares del derecho a la intimidad

En el cons. 13 se transcribe parte del cons. 9 del voto de Carrió y Fayt en Ponzetti de Balbín: "En el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que

lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión".

Y continúa diciendo: "Efectivamente, aun el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad".

6. La difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita y por la publicación de fotografías no autorizadas configura un hecho antijurídico no justificado por intereses superiores de la comunidad

"Tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita como la publicación de imágenes fotográficas –en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa– sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex-cónyuge en relación a tales lazos, configura una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad. Máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con la exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades". (Voto de Nazareno, Moliné O'Connor y López, cons. 16).

Consideramos que es incuestionable que la relación entre los actos de la vida privada del funcionario, que se pretenden publicar, y la función que éste desempeña, es determinante para fijar el umbral de protección de su intimidad. Y esto no se puede definir *a priori*, sino que es preciso tener delante el caso concreto[27]. A su

27. *Vid.* Zabala de González, Matilde M., *Resarcimiento de daños a las personas*, T. 2, ob. cit., p. 107.

vez, tratándose de un hombre público, su relevancia social permite encontrar vínculos entre su vida privada y el interés público por conocer ciertos datos que, si se refirieran a un hombre común, quedarían sin dudas fuera del derecho a la información de los demás ciudadanos[28].

Por diferentes razones, autorizada doctrina estima que en el caso no se dan realmente las condiciones para considerar que se trata de una intromisión arbitraria en la vida privada del actor. Bidart Campos, comentando el fallo de Cámara, afirma al respecto: "Lo visceral parece ser, en la relación de alteridad doble (o triple, si acaso involucramos a la madre del menor), los derechos del supuesto hijo no reconocido que sufren menoscabo al no disfrutar el estado civil de familia que le correspondería; por eso, de acuerdo al muy ortodoxo *standard* ya citado del artículo 19, nos resistimos a admitir que la conducta de un hombre que no reconoce a un hijo suyo habido fuera del matrimonio pueda abroquelarse en la intimidad. Y si no es en ella donde queda preservada de la injerencia de terceros, se vuelve verdad que dar noticia pública e informativa de esa situación no vulnera derecho alguno a la privacidad de la persona cuya paternidad está en juego"[29].

Por su parte, Pizarro piensa que conocer quién integra la familia del Presidente de la Nación es cuestión que tiene interés público. Da dos razones que justifican su convicción: "No pocos ilícitos –por ejemplo, enriquecimiento ilícito perpetrado por funcionarios públicos– pueden tener como partícipes o cómplices a los propios familiares directos de un funcionario público. Por tal motivo, el conocimiento de cuál es la situación patrimonial de éstos no es cuestión intrascendente desde la óptica comunitaria, para lo cual es necesario, previamente, conocer su identidad y vínculo. [...] En segundo lugar, porque 'la seguridad del Presidente y de su familia debe ser cuestión de Estado'. El lamentable y trágico deceso de su hijo ocurrido hace poco tiempo, en circunstancias todavía no esclarecidas, refuerza esta conclusión. Conocer quiénes son los hijos del Presidente, cualquiera sea su filiación, y poder de tal modo verificar, entre otras cosas, la forma y modo en que opera su seguridad, es cuestión suficiente que

28. Pizarro, Ramón D., "El derecho a la información y la intimidad de los funcionarios públicos", *JA*-1988-II, p. 212.

29. Bidart Campos, Germán, "¿Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del presidente de la República?", *LL*, 1988-D-587.

justifica la prevalencia del derecho a la información sobre la intimidad, en el caso concreto"[30].

Badeni juzga un error que el tribunal no haya tenido en cuenta que el actor habitualmente había expuesto voluntariamente su intimidad a la prensa y, además, que el hecho informado es de interés público. En este sentido dice: "[…] uno de los aspectos que caracterizó la gestión de Menem fue su permanente y voluntaria predisposición para exponer públicamente cuestiones atinentes a su intimidad. Es que el funcionario que abre las puertas de su vida privada mal puede agraviarse porque los medios de prensa traspasen el umbral de su intimidad informando, con veracidad, a la ciudadanía sobre ciertos matices de su ética personal que, necesariamente, inciden sobre su concepto de la ética pública en el ejercicio del mandato popular.

El artículo 16 de la Ley Fundamental establece, como condición ineludible para ejercer cargos públicos, el requisito de idoneidad. No sólo la idoneidad técnica, sino también la idoneidad ética acorde con los valores morales propios de una república representativa. La Constitución aspira a que quienes accedan a la función de gobierno tengan una conducta ética intachable. No sólo en la vida pública, sino también en la vida privada porque esta última es la que determina su contenido y subyace en aquélla"[31].

Pensamos que más que reputar de "errónea" la conducta del Alto Tribunal, podría calificarse de "intencional", al obviar el dato manifiesto del estilo de conducta del personaje de exhibir su vida privada y familiar durante el ejercicio de su función pública, que ha quedado plasmada en innumerables revistas, diarios y programas de televisión. En efecto, llama la atención que se cite en forma sesgada el cons. 9 de Ponzetti de Balbín, sin incluir el criterio que en dicho considerando se establece para delimitar el umbral de intimidad de los personajes públicos: "[…] la propia conducta de ellos mismos sobre su vida privada".

30. Pizarro, Ramón D., "El derecho a la información y la intimidad de los funcionarios públicos", ob. cit., p. 213.

31. Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, ob. cit., pp. 765-766.

Análisis del Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[32]

Examinaremos la sentencia de la Corte IDH con mayor detenimiento dado que su doctrina constituye una interpretación autorizada del Pacto de San José de Costa Rica sobre los derechos que estamos estudiando.

La Corte IDH señala que la cuestión central a resolver en el caso es "si la sociedad argentina tenía derecho a conocer la información publicada y, en consecuencia, debía prevalecer la libertad de expresión de los periodistas, o si, por el contrario, el entonces Presidente tenía derecho a mantener en secreto los datos revelados". (Cons. 16). Además, subraya el contexto dentro del cual debe resolverse el caso: una sociedad democrática donde los medios de comunicación social cumplen un rol esencial. A continuación, recuerda la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos implicados en el conflicto: la libertad de pensamiento y expresión y el derecho a la vida privada. Prosigue afirmando que "del acervo probatorio surgió que la información relativa a los 'lazos familiares' del Presidente y la posible paternidad sobre Carlos Nair Meza había sido difundida en distintos medios de comunicación […]". (Cons. 63). Por lo tanto, para el momento de la publicación por parte de la revista *Noticias*, los hechos cuestionados habían tenido difusión pública en medios escritos, tanto en Argentina como en el extranjero. (Conf. cons. 64). Por último, el Tribunal Interamericano concluye "que el tema sobre el cual informaban los artículos que acompañaban las fotografías se referían a la máxima autoridad electiva del país y eran de interés público […]. La Corte IDH considera que las imágenes estaban fundamentalmente dirigidas a respaldar la existencia de la relación entre el señor Menem, la señora Meza y Carlos Nair Meza, apoyando la credibilidad de la nota escrita y, de tal modo, llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos, así como la eventual existencia de otros favores y gestiones por parte del entonces Presidente, en beneficio de quienes aparecen retratados en las imágenes publicadas. De esta forma, las imágenes representan una contribución al debate de interés general y no están simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad del público respecto

32. *Vid.* Ficha Técnica: "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", en htpp//www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=19&lang=es (Consultado el 19-3-2016).

de la vida privada del presidente Menem". Por eso, la Corte IDH considera que "no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada". (Cons. 71).

En definitiva, el Tribunal Interamericano afirma que las publicaciones realizadas por la revista *Noticias* trataban asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos ya se encontraban en el dominio público; y que el presunto afectado, con su propia conducta, no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó.

Consecuente con esa conclusión, la Corte IDH considera que "el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas afectaron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico". (Cons. 72).

La doctrina emanada del fallo de la Corte IDH es la siguiente:

1. Extensión de la libertad de pensamiento y de expresión

Con respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, sostiene: "[…] la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás". (Cons. 42).

2. La libertad de expresión no es un derecho absoluto

"El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa". (Cons. 43).

3. En los Estados democráticos los medios de comunicación cumplen un rol esencial: canalizar el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión

"Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan". (Cons. 44).

4. Para que la equidad rija el flujo informativo, el Estado tiene la función de minimizar las restricciones a la circulación de la información, equilibrar la participación en el debate público y promover el pluralismo informativo

Precisamente, "dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los Derechos Humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas". (Cons. 45).

5. El ejercicio profesional del periodista está específicamente garantizada por la Convención, ya que consiste en el ejercicio de la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado

"La Corte Interamericana recuerda que en la primera oportunidad en que se refirió al derecho a la libre expresión destacó que 'la profesión de periodista […] implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención'. A diferencia de otras profesiones, el ejercicio profesional del periodismo es una actividad específicamente garantizada por la Convención y 'no puede ser diferenciado de la libertad de expresión; por

el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado'. El presente caso trata de dos periodistas, quienes reclaman la protección del artículo 13 de la Convención" (Cons. 46).

6. Los funcionarios públicos tienen un umbral de protección menor que un particular, por el hecho de ser tales, y por el interés público de las actividades que realiza

"El Tribunal recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza". (Cons. 47).

7. Toda persona tiene derecho a la vida privada y está prohibida toda injerencia arbitraria o abusiva en ella

"Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana reconoce que toda persona tiene, entre otros, derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias". (Cons. 48).

8. Dimensiones de la privacidad protegidas por la Convención

El ámbito de la privacidad "comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público". (Cons. 48).

9. El Estado debe garantizar el derecho a la privacidad, mediante acciones positivas, también frente a los medios de comunicación

"El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada, mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas, así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación". (Cons. 49).

10. La restricción al derecho a la libertad de expresión y la aplicación de responsabilidad ulterior debe "responder a una necesidad social imperiosa"

"Desde su primera decisión sobre la materia el Tribunal ha hecho suyo el criterio de que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por 'necesaria' la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción". (Cons. 54).

11. Los estándares utilizados para proteger la libertad de expresión frente a la honra y la reputación son aplicables también a la intimidad

Los estándares que ha utilizado el Tribunal "respecto a la protección de la libertad de expresión en los casos de los derechos a la honra y a la reputación son aplicables, en lo pertinente, a casos como el presente. Ambos derechos están protegidos en el mismo artículo bajo una fórmula común e involucran principios similares vinculados con el funcionamiento de una sociedad democrática.

Dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan". (Cons. 59).

Estándar 1. El diferente umbral de protección de los funcionarios públicos.

"El diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afecta-

ciones a su derecho a la vida privada. En el presente caso se trataba del funcionario público que ostentaba el más alto cargo electivo de su país, Presidente de la Nación, y, por ello, estaba sujeto al mayor escrutinio social, no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público". (Cons. 60).

Estándar 2. El interés público de las acciones que realizan los funcionarios públicos.

"En cuanto al carácter de interés público, en su jurisprudencia la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes. En el presente caso, tanto la Comisión como los representantes señalaron que, por diversos motivos, la información era de interés público y ello justificaba su difusión […]". (Cons. 61).

12. El derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo

"El Tribunal constata que el señor Menem adoptó, con anterioridad a que se realizaran las publicaciones que luego cuestionó, pautas de comportamiento favorables a dar a conocer esas relaciones personales, al compartir actos o situaciones públicas con dichas personas, las cuales aparecen registradas en varias de las fotos que ilustran las notas, e incluso recibiendo al niño y a su madre en un lugar oficial como la Casa de Gobierno […]. La Corte recuerda que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo. En este caso, su conducta no fue de resguardo de la vida privada en ese aspecto". (Cons. 65).

13. En asuntos de interés público el juzgador debe considerar el contexto en el que se realizan las expresiones

Como ya lo ha señalado la Corte IDH en otras ocasiones, el Poder Judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público. Es decir, debe "ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás

con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”. (Cons. 66).

14. La Convención Americana en su artículo 11 incluye, implícitamente, a las imágenes o fotografías personales en la protección de la vida privada

En relación con las fotografías que ilustran las notas cuestionadas en las cuales aparece el señor Menem con su hijo, la Corte afirma que “aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada”. (Cons. 67).

15. La fotografía, por constituir una forma de expresión, también está contenida en la libertad de expresión protegida en la Convención

“La fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”. (Cons. 67).

16. Es relevante tener en cuenta si las fotos publicadas fueron obtenidas con consentimiento o no del fotografiado

El Tribunal Interamericano considera relevante atender a las circunstancias en las que las fotografías fueron obtenidas. “Al respecto, el Estado no objetó ni controvirtió ante esta Corte lo afirmado por la Comisión y los representantes sobre el hecho de que las fotografías fueron tomadas con consentimiento del mandatario […], ni lo afirmado por el señor D’Amico en la audiencia pública del presente caso, en el sentido de que ninguna de las fotografías fue tomada por la revista sino que fueron entregadas a *Noticias* por la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación”. (Cons. 69).

17. No toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada, por lo que la falta de consentimiento de esa persona no convierte automáticamente la publicación de dichas imágenes en violatorias de la privacidad

Si bien la Corte Suprema señaló en su decisión que las publicaciones de las imágenes no fueron autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa, la Corte IDH "considera que no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada. Esto resulta aún más claro cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una imagen del Presidente de la Nación. Por ello, en este caso en particular, la alegada ausencia de autorización del señor Menem tampoco transforma a las imágenes publicadas en violatorias de su privacidad". (Cons. 70).

18. El temor a una sanción civil desproporcionada puede ser tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal

El Tribunal Interamericano estima oportuno reiterar su advertencia de "que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público". (Cons. 74).

II.5. "Roviralta, Huberto c/ Editorial Sarmiento S.A." (4-III-2003)[33]

Hechos: Huberto Roviralta demandó por daños y perjuicios por lesiones a su honor e intimidad a la Editorial Sarmiento, propietaria de la revista *Así*. El motivo fue la publicación, el 6 de febrero de 1998,

33. CSJN, *Fallos*: 326:385.

de una entrevista a la *vedette* Flavia Miller, ilustrada con fotografías de ella con un hombre que parecía ser el actor. En el artículo de la mencionada revista, Miller relató pormenores de su supuesto romance con Roviralta, en una relación clandestina cuando él estaba unido en matrimonio con una conocida actriz y conductora de TV. La revista no se limitó a transcribir lo relatado por la entrevistada, sino que calificó al actor de infiel, adúltero, especulador e interesado. En primera instancia fue rechazada su pretensión. Apelado el fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, lo confirmó. Para decidir de ese modo, el Tribunal de segunda instancia argumentó que:

1. Las personas involucradas –la señora Susana Giménez, la señorita Flavia Miller, y el actor– no habían seguido una conducta discreta y aparecían fotografiados en todos los medios, efectuando declaraciones sobre su vida privada. Añadió que hay personas que aprovechan la publicidad y el *cholulismo* en busca de ascenso en su carrera, permanencia mediática u otros objetivos, involucrando a otros personajes, y eso no implica un delito por parte de la publicación.
2. El actor se había casado con una persona sumamente popular, que mediatiza totalmente su vida privada, y que también aparecía involucrado con una señorita con deseos de mediatización para crecer en el medio en que actúa.
3. Destacó que las declaraciones de estas personas y las del propio actor no fueron impugnadas de falsas o inexistentes, ni se había sostenido que los periódicos no pudieran publicarlas.
4. Concluyó que lo que le ocurrió al actor se originó en su propia conducta, al relacionarse con personas poco discretas, a quienes les agrada mediatizar su vida privada, lo que le no le permitía permanecer en el anonimato.

Ante el resultado adverso, Roviralta interpuso el recurso extraordinario que denegado motivó la queja.

El quejoso alegó que la sentencia de Cámara desconoció la garantía del debido proceso al no pronunciarse sobre sus agravios relativos a las injurias vertidas en el texto de la publicación, tales como infiel, adúltero, especulador e interesado. Reprochó, asimismo, que se haya tenido por acreditada la existencia de un romance clandestino del actor, el cual fue negado enfáticamente, al igual que la autenticidad de las fotografías que ilustraron la nota.

Expresó que el juzgador confundió la popularidad de Susana Giménez con la del recurrente, al señalar que aquélla mediatizó su vida y al desconocerle a él, por esa circunstancia, derechos inalienables y personalísimos, tales como su honor, intimidad y hombría de bien.

Manifestó que, más allá de las pruebas producidas en autos en orden a su perfil bajo, aún las personas públicas tienen derecho a exigir que ciertos aspectos de su vida privada no sean difundidos sin previa autorización, por lo cual ese consentimiento no puede presumirse.

Adujo que, en el proceso, nunca se le exigió que se pronunciara sobre la veracidad del contenido de las notas agregadas como prueba instrumental, por lo que no se le puede imputar que no haya alegado que las entrevistas dadas por Miller a los medios de prensa fueran falsas, o que él no las autorizó.

Por último, criticó que la sentencia le haya desconocido derechos inalienables, por la sola circunstancia de hallarse vinculado con personas ligadas a los medios, reconociendo únicamente su relación con Susana Giménez, ya que dice la Cámara dio por cierto un romance con la señorita Miller que no está avalado por prueba alguna.

La CSJN, en su fallo, dejó sin efecto la sentencia del *a quo* haciendo suyos los fundamentos del Dictamen del Procurador del 28 de junio de 2002.

Análisis de los fundamentos del Dictamen del Procurador que la CSJN hace suyos

El Procurador General Felipe Daniel Obarrio considera que la sentencia del *a quo* es descalificable porque no se pronuncia razonablemente sobre los agravios expuestos por el recurrente y carece de examen crítico de los problemas conducentes para la solución del litigio, con grave violación del principio de congruencia ínsito en la garantía del debido proceso justiciable[34].

Afirma, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, que la nota periodística cuestionada por el actor no se limitó a dar a conocer el material adjudicado a una gentileza de Editorial Perfil, sino que

34. Cita la doctrina de *Fallos*: 310:1764; 322:2914, entre otros.

los comentarios y el diagrama de la misma resultaban injuriosos al afirmar la veracidad de un romance clandestino, y atribuir al actor adulterio, infidelidad y especulación, agravios de los que no se ocupó el juzgador, ni siquiera para descalificarlos. También considera que asiste razón al recurrente cuando se queja de que, a pesar de su negativa, la sentencia tuvo por cierto el romance que le atribuyó la publicación, así como las cuestionadas fotografías. Y señala que el juzgador no dedicó un solo párrafo para tratar el reiterado desconocimiento por parte del accionante de aquella relación, así como de la autenticidad de las fotos.

Por ello, considera que el fallo en recurso debe ser dejado sin efecto, a fin de que otros jueces se dediquen a analizar en plenitud las circunstancias de la causa y ofrezcan un basamento adecuado sobre lo que en definitiva estimen al respecto, sin que, obviamente, el señalamiento de los referidos defectos importe abrir juicio alguno sobre cómo deberá dirimirse el conflicto en su aspecto sustancial.

La doctrina que emana del Dictamen del Procurador y que la CSJN hace suya es la que a continuación transcribimos:

Toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad, aunque sea un personaje público o se trate de un particular que se vincula con una persona pública, en este caso, del espectáculo.

"Las conclusiones de la sentencia de Cámara aparecen asentadas sobre la popularidad y la propensión para figurar en los medios de la ex-esposa del quejoso y de la señorita con la cual se le atribuye un romance, argumentos que, a mi modo de ver, dado su escaso basamento jurídico, no configuran el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial". (Dictamen, III).

Pensamos que el caso reseñado tiene interés e importancia, porque a raíz de él, la CSJN, haciendo suyos los argumentos del Procurador General, reitera y reafirma la doctrina de que *toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad, sea un ciudadano particular o un personaje público*. Evidentemente, la conducta de las personas respecto del cuidado o exposición de su intimidad tiene, como consecuencia, que el umbral de protección jurídica sea mayor o menor. Pero de esta afirmación no puede derivarse la desaparición o anulación del derecho. En efecto, no resiste un análisis lógico la

deducción de la Cámara que señala que es la propia conducta del actor, al vincularse con personas que publicitan su vida privada, la que origina la intromisión de terceros en su intimidad y, por eso, debería tolerarla. No se puede por esa circunstancia, como hace el *a quo*, desconocer derechos inalienables y personalísimos, tales como el honor y la intimidad. Es evidente que el Sr. Roviralta, más allá de que haya contraído matrimonio con una persona pública, tiene derecho a exigir que ciertos aspectos de su vida privada no sean difundidos sin previa autorización; y ese consentimiento no se puede presumir.

II.6. "Franco, Julio César c/ Diario 'La Mañana' y/u otros" (30-X-2007)[35]

Hechos: El hijo de un conocido abogado de la ciudad de Formosa promovió demanda contra el diario *La Mañana*, Enrique Read y/o quien resultara legalmente responsable, por el daño moral que le produjo la publicación de una fotografía que mostraba el cadáver de su padre –el señor Alex Virgilio Franco–, hallado, según expresó, varios días después de su fallecimiento y en avanzado estado de descomposición. El actor manifestó que la fotografía había sido tomada de una manera furtiva en el patio interno de la vivienda de su padre, donde se estaban practicando las revisaciones forenses para averiguar el motivo del deceso y publicada sin el consentimiento de los familiares. De esta forma, el diario *La Mañana* había invadido el ámbito de privacidad de su familia. Citó en apoyo de su pretensión el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios".

Los demandados alegaron en su defensa el ejercicio del derecho a informar, aduciendo que se habían limitado a ofrecer al lector información veraz, objetiva y concreta respecto de un acontecimiento policial, donde el eje de la noticia giraba en torno al hallazgo del cuerpo sin vida del doctor Alex Franco y no a efectuar disquisiciones respecto de su persona.

Así mismo, si bien reconocieron la autenticidad de la fotografía publicada, manifestaron que la toma de la misma había sido tolerada

35. CSJN, *Fallos*: 330:4615.

por las autoridades intervinientes y por el apoderado del actor que se encontraba en ese momento, pues se produjo cuando el cuerpo sin vida del doctor Franco fue colocado en la vía pública (en una camilla sobre el parterre de la vivienda) y sin ningún tipo de cubierta.

Por último, afirmaron que los hechos aquí debatidos diferían de los resueltos en el precedente Ponzetti de Balbín, en donde la noticia tuvo como eje a la persona, y no al suceso policial, como en este caso". (Voto de la doctora Argibay, cons. 1).

Acogida favorablemente la pretensión de Franco en las instancias provinciales, la perdidosa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia del Superior Tribunal de Formosa, que fue concedida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría –haciendo suyos los fundamentos y las conclusiones del Dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante Marta A. Beiró de Goncalvez–, confirmó la sentencia recurrida. La doctora Argibay votó en disidencia, considerando que debía hacerse lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa y reenviar la causa a fin de que se dicte un nuevo fallo.

Análisis del Fallo de la CSJN

En el Alto Tribunal, formaron el voto de mayoría los doctores Lorenzetti, Higthon de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, que adhirieron, como ya se dijo, al Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante.

En su Dictamen, la Dra. Beiró de Goncalvez cita el precedente "Ponzetti de Balbín" publicado en *Fallos*: 306:1892, donde la CSJN estableció el alcance que cabe dar al derecho a la privacidad, al señalar que "comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen", y destacó que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen.

A la luz de tal doctrina, destaca:

1. Está probado y no discutido que la fotografía fue tomada y publicada;
2. Está admitido que no medió autorización expresa alguna para habilitar la obtención de la imagen y su ulterior publicación, y
3. La publicación de la imagen del cadáver era innecesaria a los fines de ejercer libremente la actividad de información sobre el hecho puntual del fallecimiento de una persona.

En el caso en análisis, la Procuradora pone de relieve que el *a quo* concluyó que resultaba irrelevante, a los fines de resolver la cuestión, si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía; por el contrario, se puso el acento en que no medió autorización, y en que, por tanto, la obtención fue furtiva. En este sentido, dice la Dra. Beiró, el alegato del recurrente no logra desvirtuar tal argumentación.

Considera, finalmente, que el análisis sobre la protección del derecho a la imagen del fallecido efectuada por los jueces de la causa resulta razonable, por lo que no es posible calificar la decisión de arbitraria. (Conf. Dictamen, Apartado III).

La doctrina emanada del dictamen cuyos fundamentos la CSJN hace suyos es la siguiente:

No resulta necesario a los fines de informar sobre la muerte de una persona exhibir la imagen fotográfica de un cadáver tendido sobre el piso, ni puede invocarse la existencia de interés público en este último aspecto que no se vea ya satisfecho con la publicación de la noticia.

"El derecho a informar proviene del derecho del público a ser informado y el medio no puede invocar válidamente que sea del interés público conocer el estado físico del cuerpo del fallecido, máxime cuando se trata de un aspecto que claramente pertenece al ámbito de la intimidad personal y familiar, que se difunde sin razón superior que lo justifique y se deja expuesto a la vista de los extraños destruyendo tal condición de lo íntimo, es decir, de aquello que sólo algunos tienen derecho a conocer". (Dictamen, Apartado III).

A continuación, transcribiremos los argumentos relevantes del voto disidente de la jueza Argibay, porque creemos que presenta una

postura que puede utilizarse en el futuro, en defensa de avances abusivos sobre la intimidad de las personas. Por esa razón, nos interesa evaluarla.

La Dra. Argibay fundamenta su disidencia en los siguientes argumentos:

A diferencia del precedente "Ponzetti de Balbín", cuyos hechos incluían la intrusión en el espacio privado, en la causa en análisis no está presente este elemento porque el tribunal provincial reputó irrelevante e innecesario determinar este aspecto del caso. De modo consecuente con esta restricción fáctica, la sentencia apelada tampoco se ha fundado en el carácter reservado o exclusivo del lugar en que se encontraba el cuerpo sin vida de Franco cuando fue fotografiado, sino exclusivamente en los efectos de la publicación de la imagen.

Por esa razón, la magistrada sostiene que debe establecerse el alcance del precedente "Ponzetti de Balbín" y decidir si se extiende a casos que, como el presente, no se refieren a la publicación de fotografías de hechos o personas que se encuentren en lugares privados o reservados. (Conf. cons. 6).

La Dra. Argibay afirma que uno y otro tipo de casos debe abordarse con criterios diferentes. Si bien las personas cuentan con protección contra la afectación de sus sentimientos y de su tranquilidad por parte de la prensa, deben distinguirse los casos en que dicha perturbación proviene de la publicación de una imagen obtenida mediante una invasión ilegal de un espacio exclusivo, de los casos en que ello no ha sucedido. La razón está en que resulta un deber perfectamente discernible y exigible el de no avasallar los límites que las personas han dispuesto para sustraerse a la mirada pública; el derecho a la vida privada preserva rígidamente esa decisión individual. En cambio, es prácticamente imposible el ejercicio de la prensa y la comunicación sin afectar en mayor o menor medida los sentimientos de las personas relacionadas con el mensaje, sea éste un texto o una imagen. Seguidamente, sostiene que la publicación de imágenes tomadas en espacios de libre acceso, es decir, sin violar protecciones dispuestas por las personas para mantenerse fuera de la mirada pública, no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas. Advierte, a su vez, que eso no supone un parámetro absoluto –no cabría reducir la vida privada a los lugares exclusivos–, sino solamente un juicio provisional según el cual la injerencia en la vida privada se pre-

sume en el primer caso y debe ser demostrada por quien la invoca en el segundo. (Conf. cons. 8).

La magistrada continúa expresando que las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas, pero no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no pueden ser tomadas como un ataque a la intimidad. En el caso no se cuestiona el estado público de los hechos referidos en la crónica policial, ni la conexión entre el contenido de la nota y la fotografía que la acompaña; tampoco se ha cuestionado en general el referido género periodístico por su incompatibilidad con la vida privada; ni se ha sostenido que el periódico demandado hubiese obrado con el objetivo principal de inmiscuirse en la vida privada de la familia Franco. (Conf. cons. 8, *in fine*).

La jueza del Alto Tribunal considera irrazonable traducir el deber que la prensa tiene, conforme al Derecho vigente, de evitar la arbitrariedad en sus incursiones por terrenos que pueden afectar la vida privada de las personas, en la exigencia de que toda publicación deba ser estrictamente necesaria en orden a cumplir con el fin de interés general al que sirve la tarea periodística.

"Un estándar que fuera de 'lo arbitrario' sólo conciba 'lo necesario', operaría como una red demasiado fina que barrería gran parte de la información incluida en los periódicos y otros medios de comunicación que, si bien está relacionada con temas de interés general, no es estrictamente necesaria, ni indispensable. Una vez más, encuentro inconsistente con el amplio margen que esta Corte ha conferido a la libertad de prensa, poner bajo una carga de justificación ante los tribunales a toda publicación que pueda tener impacto en los sentimientos de las personas". (Cons. 9).

Concluye su voto afirmando que es inconsistente con la libertad de prensa condenar a la parte demandada por la publicación de una fotografía, sin que ella haya sido el fruto de una invasión o intromisión en un lugar privado o exclusivo y sin que la demandante haya demostrado que, cualquiera fuese el lugar en que se tomó la foto, la publicación estuviese dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o la de su familia. (Conf. cons. 10).

Creemos acertado el voto de mayoría que consideró aplicable al caso la doctrina del precedente "Ponzetti de Balbín", donde se estableció el alcance que cabe dar al derecho a la privacidad y la exigencia del consentimiento de los involucrados o sus familiares para dar a conocer aspectos de la vida privada, salvo que medie un interés

superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen[36]. Por su parte, no compartimos la posición de la Dra. Argibay, que juzgó que no se daban en el caso Franco los presupuestos para aplicar dicho precedente. La razón que alegó: en el precedente Ponzetti de Balbín, la foto del Dr. Balbín fue captada estando él en un ámbito privado, como era la terapia intensiva de un Sanatorio; en cambio, en el caso Franco, la foto fue tomada cuando su cuerpo yacía en el parterre de la casa, que consideró un espacio de libre acceso. Según la magistrada, la publicación de imágenes tomadas en ámbitos abiertos, es decir, sin violar protecciones dispuestas por las personas para mantenerse fuera de la mirada pública, no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas. Por lo tanto, si alguien invoca que su intimidad ha sido lesionada, debe demostrarlo. Pensamos que la magistrada toma el ámbito del derecho a la intimidad como si sus límites estuvieran configurados por un espacio material. De ahí la trascendencia que le otorga al lugar donde fue fotografiado el cadáver del Dr. Franco. En realidad, la zona protegida por este derecho tiene una dimensión que va más allá de lo físico-espacial. Además, en el caso en análisis, interpretar, como lo hace, que el jardín frontal de la casa es un lugar de libre acceso y por tanto no protegido por el derecho a la intimidad es, a nuestro modo de ver, una afirmación que no se ajusta a la realidad.

Tampoco estamos de acuerdo con la jueza del Alto Tribunal que juzga excesivo el estándar exigido por la CSJN, que establece que para que no se genere responsabilidad, cuando la prensa informa acerca de una noticia de interés público que lesiona el derecho a la intimidad de un tercero, esa intromisión "debe ser necesaria" para el cumplimiento de la finalidad de informar. El fundamento de este requerimiento pensamos que está en la convicción de que el derecho a la información que ejercitan profesionalmente los periodistas, justamente por su alta misión en toda sociedad democrática, debe ejercerse respetando los derechos de los ciudadanos, y en el ámbito de los derechos personalísimos, esmerar su cuidado. En este sentido, no podemos minusvalorar que las empresas periodísticas, en la medida que son tales, constituyen un "negocio" y, por lo tanto, en muchas

36. Basterra considera acertado el decisorio de la CSJN, ya que los hechos del fallo son similares a los del mencionado *leading case*. Conf. Basterra, Marcela, ob. cit., pp. 365-366.

ocasiones priorizan las ganancias que puede obtener con una noticia escandalosa frente a los derechos de los involucrados en una "noticia". Por eso, el estándar aludido nos parece que establece claramente el marco dentro del cual debe moverse el informador para no hacer un uso abusivo de su derecho.

III. Conclusiones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete última de la Constitución Nacional, ha debido dirimir conflictos entre los derechos a la intimidad y a la información, a raíz de los cuales ha surgido una rica doctrina que, al examinarla, nos ha permitido comprender de manera más acabada el contenido y los contornos del derecho a la intimidad.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hemos analizado en el capítulo que concluimos, tienen en común la resolución de tensiones provocadas por la intromisión en la vida privada de ciudadanos concretos por parte de determinados medios de comunicación. En el caso "Ponzetti de Balbín", la injerencia arbitraria en la intimidad tuvo como sujeto pasivo a un político, es decir, a un hombre público; en "Servini de Cubría", no hubo daño alguno, sino que se intentó evitar una presunta lesión a la intimidad y al honor de una funcionaria judicial, también por su condición profesional, una persona pública; en los casos "Pérez Arriaga" se vulneró la intimidad de un ciudadano común, sin relevancia pública, involucrado involuntariamente en una noticia de interés público; en la causa "Menem", hubo una intromisión en la vida privada de una persona pública, en ese momento, Presidente de la Nación; en "Roviralta", se menoscabó el derecho a la intimidad de un ciudadano común, vinculado a una persona pública, de la farándula; y en "Franco", se quebrantó la intimidad de un ciudadano común, implicado en un hecho policial, que por serlo, era una noticia de interés público. En todos los decisorios se afirmó que ambos derechos tienen límites, y, entre otros, están los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Se sostuvo respecto del derecho a la intimidad, que por ley puede justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

En cuanto a la extensión de la tutela del derecho a la privacidad, en “Ponzetti de Balbín” se delimitaron los contornos de protección al afirmar que el derecho a la intimidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino también otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello. En este caso, y en “Menem”, se sostuvo que los personajes públicos son titulares del derecho a la intimidad, aunque su actuación privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. En ambos casos, la CSJN calificó de ilegítima la divulgación de hechos de la vida íntima de los actores.

En “Ponzetti” sostuvo que, aunque la noticia del estado de salud de Balbín era de interés público, la empresa informativa incurrió en abuso o ejercicio irregular del derecho a informar, al publicar, sin el consentimiento de los familiares, una foto del político agonizando en la cama de un hospital. La doctrina que analizó en su momento el fallo fue uniforme en aceptar la razonabilidad y justicia del decisorio que se transformó en un *leading case* sobre el tema.

En “Servini de Cubría”, la CSJN consideró que la sentencia de Cámara fue arbitraria porque el tribunal no vio los *tapes* que presuntamente vulneraban la intimidad de la jueza; sin embargo, prohibió su difusión. De todos modos, sentó jurisprudencia –aunque hubo votos en disidencia– respecto del alcance de la prohibición de censura, sosteniendo que no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos, o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas. A su vez, sentó el principio de que toda censura previa que se ejerza sobre los medios de comunicación padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

En “Menem”, la CSJN dictaminó que la difusión de cuestiones familiares atinentes a la supuesta paternidad extramatrimonial del funcionario público y el estado anímico de su esposa al respecto configuró una injerencia arbitraria en la esfera de intimidad del actor, no justificada por intereses superiores de la comunidad. Coincidimos en las críticas que la doctrina hizo a este fallo porque, si bien se trató de una intromisión en su intimidad, el dato era de público conoci-

miento, ya que el hijo y su madre iban a la quinta de Olivos; las fotos difundidas las había tomado el fotógrafo oficial de la presidencia, y ya se había dado a conocer dicha información por otros medios. Además, compartimos la opinión de que conocer la existencia de un hijo extramatrimonial no reconocido por un funcionario público, y que éste no cumpla con sus deberes de padre, es una información de interés público. Esto es así, entre otras razones que señalamos al analizar el fallo, por la relación estrecha que existe entre la moral privada y la moral pública de todo ser humano. Y, si se trata de quien tiene en sus manos el gobierno del país, conviene a la ciudadanía tener esa información para conocer mejor a sus representantes y para tener en cuenta a la hora de ejercer sus derechos cívicos.

Como vimos, los periodistas damnificados solicitaron la condena de Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violar la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Comisión sometió el caso a la Corte IDH, que en su fallo dictaminó que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión reconocido por el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los actores en la causa. Además, solicitó al Estado argentino que deje sin efecto la condena civil impuesta contra dos periodistas, y todas sus consecuencias, publique y difunda la Sentencia internacional por diferentes medios y pague a los periodistas una suma de dinero en concepto de reintegro de costas y gastos. El Estado argentino cumplió con la publicación de la sentencia de la Corte IDH, pero la CSJN no revocó su fallo por considerar que el hacerlo iba contra los principios de Derecho Público, entre los que figura su carácter de órgano supremo y última instancia del Poder Judicial del país. La Corte IDH, en un trámite de supervisión de cumplimiento de sentencia, decidió que el Estado argentino no cumplió con lo resuelto por ella, por lo que mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de su fallo.

Del análisis de sentencias en las que estaban involucradas personas particulares, ciudadanos comunes, extrajimos algunos criterios jurisprudenciales que a continuación exponemos. En las dos sentencias que tuvo por actor a "Pérez Arriaga", la CSJN determinó que difundir innecesariamente la identidad de las partes de un juicio de divorcio no constituye lesión arbitraria de la intimidad y se trata del ejercicio regular del derecho a la información, entre otras razones, porque la información es de interés público y se encuentra en regis-

tros públicos. Agregó que quien considera que hubo exceso informativo debe demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador. Estos decisorios fueron extensamente criticados, entre otros motivos, con los que coincidimos, porque desde el punto de vista de la interpretación constitucional, no se ajustó a nuestro sistema normativo vigente sino que aplicó la jurisprudencia norteamericana, cuyo texto constitucional difiere del nuestro, como bien ha señalado Rivera (h). En cuanto al Derecho Privado, el Alto Tribunal prescindió en forma inexplicable de aplicar el artículo 1071 bis, vigente en ese momento, del que surgía la antijuridicidad de publicar de manera superflua la identidad de las partes de un juicio de divorcio, en la medida en que prohibía cualquier entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Además, porque la interpretación y afirmación de que las sentencias definitivas son actos de gobierno y en cuanto tales, en un sistema republicano, llamadas a ser difundidas, podría tener consecuencias graves, en la medida en que, por temor a que se difundiera el contenido íntimo de un juicio, los particulares podrían ser desalentados a hacer valer sus derechos de familia ante los tribunales.

En “Roviralta”, se dejó sin efecto el fallo de Cámara que atribuyó a la conducta del actor, que eligió relacionarse con personas famosas, el avance de los medios sobre su intimidad; y que, por ello, debía padecer esas consecuencias no deseadas. La CSJN afirmó que el hecho de que el actor se haya vinculado con un personaje popular, que mediatiza su vida, no implica que renunció a su intimidad; sigue gozando del derecho a la privacidad, y su consentimiento no puede presumirse para difundir libremente datos de su intimidad, como sugirió el decisorio del *a quo*. En el caso “Franco”, se determinó que la fotografía publicada del difunto se tomó de manera furtiva, sin autorización de la familia, y no era necesaria a los fines de informar el fallecimiento del Dr. Franco, ya que no era de interés público conocer el estado físico del cuerpo del fallecido.

En definitiva, el análisis de los fallos comentados manifiesta que la dilucidación de los conflictos entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad es compleja y queda siempre supeditada a la prudencia de los jueces determinar si, en el caso concreto, existió una injerencia indebida en la intimidad de una persona, sea o no de relevancia pública; o si, a pesar de haber existido intromisión en su privacidad, hubo una causa de justificación que exime al medio de responsabilidad, en la medida en que ejerció regularmente su derecho a informar, debido al interés público de la noticia.

Capítulo III

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO

I. Introducción

Las empresas periodísticas, con frecuencia, invocando el derecho a la información y a la publicación de noticias sin censura previa, invaden la vida privada de las personas, incluidos los niños, publicando sus imágenes, narrando sus historias de vida, etc., con el único fin de obtener una ganancia económica. A su vez, en ocasiones, son los propios familiares de los menores, allegados o incluso profesionales bienintencionados, quienes los exponen. Estas personas recurren a diferentes medios de comunicación procurando sensibilizar a la audiencia, colocar un tema en la agenda pública, presionar a las autoridades para que tomen medidas eficaces en orden a la protección de estos niños y/o la sanción de sus ofensores. Pero más allá de las buenas intenciones, si al presentar la situación no tienen la precaución y prudencia tendientes a evitar que los niños puedan ser identificados, suman, a la problemática que atraviesan, la vulneración del derecho a la intimidad[1]. Por eso, es de vital importancia que los adultos responsables de niños y adolescentes tomen conciencia de que el respeto de la intimidad del niño es parte inherente a su cuidado integral[2].

El objetivo de este capítulo es determinar de qué manera se plasma en el sistema jurídico argentino la especial protección del derecho a la intimidad del niño, sujeto de una tutela fortalecida por

1. Conf. Declaración de la Comisión Directiva de ASAPMI (Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil), en http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/notas/?id=732 (Consultado el 25-11-2016).

2. Conf. Ibídem.

estar en una etapa de la vida que lo hace más vulnerable que un adulto a las potenciales lesiones de sus derechos. Así, podremos apreciar el amparo reforzado de este derecho respecto de la tutela del derecho a la intimidad en general, abordada en el capítulo primero de este trabajo.

Para comenzar, haremos una breve reseña histórica de la evolución que se dio en la consideración del niño en los países occidentales. Este cambio, que llevó a los Estados a afirmar que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, y a garantizarle derechos específicos, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se reflejó también en las respectivas legislaciones. Estos avances en la protección de la niñez, como veremos, se fundamentan en la toma de conciencia de que la infancia es una etapa crucial del desarrollo de las personas que condiciona su futuro y el de las sociedades. Seguidamente, exploraremos el ordenamiento jurídico argentino para explicar de qué manera regula y garantiza los derechos del niño. Teniendo en cuenta que el régimen jurídico de los niños y adolescentes abarca diferentes ramas del Derecho –Constitucional, Civil, Laboral, Penal, etc.–, a fin de mantener la atención focalizada en los objetivos de nuestro trabajo, analizaremos las normas constitucionales y civiles, que determinan el marco jurídico de protección reforzada de los derechos de los menores de edad frente al Estado, la sociedad y los demás ciudadanos adultos. Con ese propósito, abordaremos los aspectos más significativos de la "Convención sobre los Derechos del Niño". Seguidamente, exploraremos la ley de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", que adecuó el Derecho Interno a dicho tratado internacional. A continuación, consideraremos el régimen de capacidad progresiva del menor de edad en el CCyC.

Llegados a esta instancia, con un panorama general del estatuto jurídico del menor de edad, nos abocaremos al análisis de las leyes que protegen, concretamente, los derechos a la intimidad y a la imagen del niño. Este último derecho lo consideraremos de manera limitada, en cuanto a que la utilización de la imagen, sin consentimiento del titular o su representante legal, puede ser una forma de violar la intimidad de los menores de edad.

Finalizaremos el capítulo determinando el alcance y los límites del ejercicio del derecho a la intimidad del niño: mediante sus re-

presentantes legales o por sí mismo, según el sistema de capacidad progresiva implementado por el CCyC. Asimismo, dilucidaremos quiénes están legitimados para accionar en defensa del niño frente a situaciones de lesión potencial o efectiva de su privacidad por parte de un tercero, e inacción o consentimiento de los progenitores o los tutores. En este sentido, con los resultados del análisis que nos proponemos, estaremos en condiciones de discernir si el consentimiento dado por los representantes legales y/o el propio niño, en el caso concreto, es suficiente para que los medios de comunicación avancen sobre su intimidad sin ser pasibles de responsabilidad civil. O por el contrario, existen órganos del Estado que pueden actuar en defensa de la intimidad del niño, a pesar de la conformidad de los representantes legales y del propio menor de edad, sobre las acciones de los profesionales de la información, en caso de que configuren conductas contrarias al interés superior del niño.

II. Breve evolución histórica del reconocimiento y protección de los derechos del niño en el Derecho Internacional Público

A lo largo de la historia, la humanidad fue ahondando de manera progresiva en la comprensión de la dignidad que posee toda persona por el hecho de ser tal. De igual forma, también paulatinamente fue tomando conciencia de la importancia de la infancia como etapa crucial del desarrollo humano, que condiciona, en parte, las perspectivas de crecimiento futuro y la inserción provechosa de los sujetos en la vida social.

La actitud de los adultos frente a la niñez ha cambiado con el transcurso del tiempo, y sigue evolucionando en la actualidad. "Hubo un tiempo en que los historiadores tendían a creer que la sensibilidad hacia la infancia no había cambiado nunca, que era un elemento permanente de la naturaleza humana, o que se remontaba al siglo XVIII, al siglo de las luces. Hoy se sabe que ha tenido una gestación larga y gradual, […] con un movimiento en constante progresión"[3].

3. Aries, Philippe, "La infancia", en *Revista de educación*, Madrid, 1986, n. 281, pp. 5-17, en: http://redined.mecd.gob.es/xmlui/handle/11162/70092 (Consultado el 6-8-2016).

Este proceso evolutivo en la comprensión de la infancia confluyó en el reconocimiento de que los menores de edad constituyen una categoría social diferenciada de los adultos, que requieren especial protección. A partir del siglo XIX, aumentó la intervención del Estado, con la finalidad de garantizar a los niños condiciones sanitarias mínimas, legislando en materia de trabajo infantil, y asegurando la educación obligatoria[4].

Durante el siglo XX se intensificó la preocupación por las condiciones de vida de la niñez. Este afán llevó a la "Liga de las Naciones"[5] a aprobar la primera "Declaración de los Derechos del Niño", donde reconoce que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, y enumera una serie de derechos específicos[6].

La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 25, inc. 2º, reconoce a la infancia el derecho a una atención y amparo peculiar, sin distinciones.

Art. 25, inc. 2º. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

4. Una reseña histórica de la protección de los niños en situaciones de excepción ya sea de carencia y/o de conflicto, desde la edad antigua hasta 1924, en que se produce la primera Declaración de los Derechos del Niño, puede encontrarse en Gonzalez del Solar, José, *Derecho de la minoridad, protección jurídica de la niñez*, 3ª ed., Córdoba, Ed. Mediterránea, 2010, pp. 229-248.

5. Su nombre oficial es Sociedad de las Naciones. Este organismo, antecesor de la ONU, fue creado por el Tratado de Versalles en 1919 –que dio fin a la Primera Guerra Mundial–, con el objetivo de poner las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales.

6. El texto aprobado en la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 24 de septiembre de 1924, establece: "Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo".

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[7] establece el deber de los Estados de proteger a todos los niños y darles asistencia sin discriminación de ningún tipo; y, específicamente, defenderlos frente al aprovechamiento o utilización económica, social y laboral.

Art. 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: […]

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y su salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[8], en su artículo 24.1, reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a la protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Art. 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, llamada Pacto de San José de Costa Rica, contempla de manera genérica, en

7. Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley Nº 23.313. Sancionada: 17-4-1986. Promulgada: 6-5-1986.

8. Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley Nº 23.313. Sancionada: 17-4-1986. Promulgada: 6-5-1986.

su artículo 19, el derecho de los niños a una tutela apropiada a su condición.

Art. 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó su propia "Declaración de los Derechos del Niño", que establece en el Principio II: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

La ONU, de este modo, reconoció que los niños, además de los derechos propios de todo ser humano, poseen derechos específicos que son indispensables para su desarrollo y formación. Y si bien se trató de un manifiesto de contenido ético, no vinculante jurídicamente, fue un paso adelante en el camino del reconocimiento legal de los derechos propios de la condición de niño, que culminó treinta años más tarde en la aprobación unánime de la "Convención sobre los Derechos del Niño" por los Estados miembros de las Naciones Unidas, en la Asamblea General del 20 de noviembre de 1989.

Este documento jurídico internacional, que trataremos en el siguiente apartado, establece, a lo largo de 54 artículos, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

III. Tutela de los derechos del niño en el ordenamiento jurídico argentino

Los niños, en cuanto son sujetos de derechos, gozan de todos los Derechos Humanos, compatibles con su condición de menores de edad, reconocidos en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Entre ellos, el de mayor importancia es, lógicamente, la "Convención sobre los Derechos del Niño", por regular específicamente los derechos de todas las personas humanas menores de edad, desde la concepción hasta los 18 años.

Cabe advertir que utilizaremos el término "niño" y "menor de edad" indistintamente, ya que el ordenamiento jurídico argentino utiliza ambos vocablos[9]. En efecto, la "Convención de los Derechos del Niño", la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", y demás tratados internacionales con jerarquía constitucional adoptan la palabra "niños"[10]; la Ley Nº 26.061 utiliza los vocablos "niños, niñas y adolescentes", y el Código Civil y Comercial se refiere a las personas "menores de edad" y a los "adolescentes"[11].

9. No compartimos, por considerarla infundada, la posición de quienes postulan que el término *menor* es peyorativo o discriminatorio en el ámbito del Derecho Civil. Ejemplo de esta visión se manifiesta en el glosario ofrecido a los periodistas por Unicef Argentina al abordar el término *menor* y vocablos derivados de él: "n. 13- Menor, menores y minoridad. Estos términos tienen una carga discriminatoria y son negativos para la imagen de los niños y los adolescentes, remiten a una imagen del niño como 'objeto' y no como sujeto de derechos, y reproducen prejuicios y estereotipos que terminan representando a estos niños, jóvenes o adolescentes como portadores de un estigma social y de amenaza latente. Los términos adecuados a utilizar son: niño, niña, adolescente, chico, chica, joven". *Glosario para el correcto tratamiento de la información sobre infancia y adolescencia. Herramientas para un periodismo con enfoque de derechos*, desarrollado por el *Capítulo Infancia*, miembro en Argentina de la Red de periodistas ANDI América Latina, socios estratégicos de UNICEF, en https://www.unicef.org/argentina/spanish/3.Glosario.pdf (Consultado el 10-5-2017).

Por el contrario, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán, del 29-9 al 1-10-2011, la Comisión 1, que trató sobre la capacidad de los menores, frente a una propuesta de sustituir la terminología tradicional del Código Civil: menores-mayores por niños-niñas para los menores de 14 años y adolescentes para las edades entre 14 y 18, según se dijo, para adecuarla a la que es de uso internacional, se votó en contra, imponiéndose la tesis de mantener la terminología clásica por no ser peyorativa, sino descriptiva de la situación jurídica de las personas y que además tiene la ventaja de la precisión. Conf. Lavalle Cobo, Jorge, "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: la capacidad de los menores", en *La Ley*, Suplemento Actualidad, 24-11-2011, pp. 2-3.

10. Salvo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 10, inc. 3º, habla de niños y adolescentes.

11. En esta línea de pensamiento, el Dr. Pestalardo hace notar, citando la obra *Vocabulario jurídico* de Henri Capitant, que, en el lenguaje jurídico, "menor" es, clásicamente, la "persona en estado de minoridad" y "minoría", en su primera acepción "por oposición a mayoría", escasez de años que, en los términos de la ley, impiden que una persona sea considerada plenamente capaz o responsable. A su vez, señala que, en el Diccionario de la Real Academia Española, la tercera acepción de "menor" es "dicho de una persona: que tiene menos edad que otra". Y "minoridad" se define como "minoría de edad", que significa "edad durante la cual una persona no puede ejercer por sí misma sus derechos civiles y políticos". Además, el vocablo "niño-niña" significa "que está en la niñez" y "que tiene pocos

III.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos[12]

Este tratado, llamado Pacto de San José de Costa Rica, protege de manera genérica el derecho de los niños a una tutela apropiada a su condición, y su importancia para nuestro país se debe a que Argentina, al firmarlo, quedó bajo la jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Dentro de éste, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional autónomo, no permanente, cuyo objetivo principal es aplicar e interpretar las disposiciones contenidas en la Convención[13]. De ahí la relevancia de conocer sus fallos y opiniones consultivas sobre la temática de los menores de edad; concretamente, lo que ha dicho sobre la hermenéutica del artículo 19 que, específicamente, establece, como ya señalamos, el derecho de todo niño a las medidas de protección especial, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte IDH sostiene que el artículo 19 constituye una obligación especial que se suma a las generales de respeto y garantía sin discriminación, en aquellos casos en que el titular de derechos es un menor de 18 años. Además, ha tratado el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el *corpus iuris* internacional sobre la protección de los derechos de los niños, y los alcances del interés superior del niño aplicado al sistema de derechos convencional interamericano. La doctrina emanada de la Corte IDH está en plena consonancia con las directrices y normas establecidas en la CDN, a la que remite[14].

Para ilustrar lo dicho en los párrafos precedentes, podemos citar la Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición Jurídica y Dere-

---

años". De estas definiciones se infiere que, en castellano, "menor" y "niño" son sinónimos y que no existe un fundamento en la palabra en sí, para considerarla peyorativa o discriminatoria. Conf. Pestalardo, Alberto Silvio, "Actuación en juicio de los menores de edad", en *Régimen de los menores de edad*, Solari, Néstor Eliseo; Benavente, María Isabel (Dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 614-615.

12. Firmada el 22/XI/1969 en San José de Costa Rica; ratificada mediante la Ley Nº 23.054. Sancionada el 1-3-1984; promulgada: 19-3-1984.

13. Vid. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto (Consultado el 12-3-2018).

14. Para profundizar en la hermenéutica del art. 19 de la CADH, por parte de la Corte IDH al resolver diversos casos contenciosos*: vid.* Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 5: Niños, Niñas y Adolescentes (actualización 2017), en http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf (Consultado el 12-3-2018).

chos Humanos del niño[15], solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[16]. En ella, la Corte IDH afirma en la nota 54: "Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". Y en la nota 60 señala: "En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia".

III.2. Convención sobre los Derechos del Niño[17]

Argentina aprobó la CDN por Ley Nº 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de

15. Opinión Consultiva Nº 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No17, del 28 de agosto de 2002 (en adelante, OC17).

16. El 31 de enero de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sometió a la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8º y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. La consulta fue elevada a la Corte porque a criterio de la Comisión "existen distintas legislaciones y prácticas de los países latinoamericanos, donde la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8º y 25 de la CADH no es plena respecto a niños y niñas como sujetos y actores en la jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. […]". Párrs. 1º y 2º.

17. En adelante, citaremos CDN.

1990[18]. Posteriormente, como ya señalamos en el capítulo I, la reforma constitucional de 1994, en su artículo 75, inc. 22, la incorporó a la Constitución –junto a otros Tratados de Derechos Humanos– otorgándole jerarquía constitucional. En el mencionado inciso se dice que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

En la CDN, la atención de los Estados se dirige a la niñez en general y apunta a promover la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los menores de edad en el mundo. Además, pone énfasis en los países en desarrollo y en aquellos niños que se hallan en desventaja por razones físicas, mentales o sociales, y cuyos derechos inalienables son lesionados. Así lo expresa en su Preámbulo, donde admite "que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, y que esos niños necesitan especial consideración".

El Documento manifiesta que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"[19]. También reconoce que la familia, por ser el mejor lugar para su crecimiento y bienestar, debe recibir por parte de los Estados la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades[20]. En este sentido, los Estados Partes se comprometen a respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores o encargados legalmente del niño[21].

En el artículo 2º la CDN plasma *el principio de igualdad y no discriminación*, que exige a los Estados firmantes que reconozcan a todos los niños, independientemente de cualquier otra consideración, el goce de los derechos reconocidos en ella.

Art. 2º. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a

18. En dicha ley, al ratificar la CDN, la Argentina formuló la siguiente reserva al art. 1º: "[…] el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años".

19. CDN, Preámbulo, párr. 9º.

20. Conf. CDN, Preámbulo, párr. 5º.

21. Conf. CDN, art. 5º.

cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. **Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.**

En el artículo 3.1, la CDN consagra *el principio del interés superior del niño*, que fue utilizado por nuestros tribunales con anterioridad a la incorporación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, para decidir los casos en los que estaban involucrados menores de edad. Esto se debió a que el concepto de interés superior del niño se introdujo en el acervo jurídico a principios del siglo XX, a través de normas, declaraciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales[22].

Art. 3º. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los derechos contemplados en el documento explicitan lo que estaba tácitamente comprendido en la Declaración de 1959, y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

22. En el Preámbulo de la CDN se recuerda que “la necesidad de proporcionar al niño protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

En los artículos 5º y 12 se recepta *el principio de autonomía progresiva* en el ejercicio de los derechos de los menores de edad. En efecto, el artículo 5º, al disponer que los Estados respeten a los padres –o a quienes los sustituyan legítimamente–, en el ejercicio de sus responsabilidades, señala que éstos deben dar al niño dirección y orientación, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, en orden al ejercicio de sus derechos. Y el artículo 12 determina que el niño que posee discernimiento debe ser escuchado y su opinión tenida en cuenta, en toda cuestión que lo involucre. Y especifica el derecho del menor a ser escuchado, directamente, o por medio de un representante o un órgano adecuado en todos los procedimientos judiciales o administrativos que lo atañan.

Art. 5º. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Art. 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. **Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.**

La Convención, además de amparar los derechos fundamentales de todo niño[23], aborda los derechos de aquellos que se encuentran en

23. Derecho a la vida (art. 6º); al nombre, a una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º); a preservar su identidad (art. 8º); a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten (art. 12); a la libertad de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir informa-

situaciones específicas de vulnerabilidad. En este sentido, alude a los derechos de los niños que buscan obtener el estatuto de refugiado –o que ya son refugiados–, a la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para disfrutar de todos los derechos básicos reconocidos en la CDN (art. 22). También determina los derechos de los niños mental o físicamente impedidos a recibir cuidados especiales (art. 23), a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de su salud (art. 24); y, en el caso de que hayan sido internados en un establecimiento, otorga el derecho a un examen periódico del tratamiento (art. 25).

La CDN aborda, también, la situación de los niños que forman parte de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, y reafirma que poseen los mismos derechos que los demás (art. 30). Por último, reconoce al niño en conflicto con la ley penal, el derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor, en todas las fases del proceso (art. 40).

En lo referente a la hermenéutica del tratado, la CDN, en su artículo 41, determina como pauta de interpretación, la prevalencia de cualquier disposición de Derecho Internacional o Interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores.

Art. 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado.

A modo de síntesis del apartado, señalamos que, con el reconocimiento, junto con los Derechos Humanos fundamentales de todo hombre por el hecho de ser tal, de ciertos derechos específicos de los

---

ción e ideas de todo tipo (art. 13); a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14); a la libre asociación y a reunirse de forma pacífica (art. 15); a la intimidad, honra y reputación (art. 16); a la seguridad social (art. 26); a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27); a la educación (art. 28); al descanso y al esparcimiento, al juego y a participar en la vida cultural y artística (art. 31) y a estar protegido contra la explotación económica y laboral (art. 32).

niños, la CDN perfecciona las declaraciones precedentes y compromete formalmente a los Estados firmantes a la promoción y protección de los derechos inherentes a la naturaleza humana en la etapa de la niñez. Asimismo, la exploración sucinta del camino jurídico recorrido hasta llegar a la elaboración de la CDN nos permite relativizar la afirmación de que la Convención constituyó una revolución y un cambio de paradigma[24]. En definitiva, es el resultado, como ya dijimos, de la toma de conciencia progresiva de la humanidad sobre la necesidad de reconocer y dar una tutela reforzada a los derechos fundamentales de los niños.

III.3. Ley Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[25]

En conformidad con lo dispuesto en la CDN, el Congreso Nacional sancionó, en 2005, la Ley Nº 26.061 de "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", que, a su vez, derogó el régimen de patronato que contenía la Ley Nº 10.903 adoptada en 1919[26]. De este modo, en Argentina los niños poseen un trato especial tanto a nivel constitucional como legal.

La ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes[27], a fin de garantizarles el ejercicio y

24. En este sentido, González del Solar, refiriéndose a la CDN, afirma: "Ninguna revolución ha operado en el Derecho, como ampulosamente lo afirman quienes hablan de 'cambio de paradigmas', sino que más bien estamos ante una revelación que hace la naturaleza y aprovecha la conciencia jurídica universal para actualizar y remozar lo que ya había emprendido desde principios del siglo XX, aunque dos grandes guerras, y otras muchas más acotadas, tiñeran de sangre el que se pretendía fuera 'siglo de los niños'". González del Solar, José H., "La Protección Jurídica de la Niñez en desventaja social", Córdoba, 2011, artículo publicado en http://derechominoridad.blogspot.com.ar/p/la-ninez-en-desventaja-social.html (Consultado el 12-8-2016).

25. Fecha de sanción: 28-9-2005; Fecha de promulgación: 21-10-2005. Publicada en el *BO*: 26-10-2005.

26. Para un estudio pormenorizado del régimen de patronato vigente en nuestro país hasta 2005, *vid*., González del Solar, José H., *Derecho de la minoridad*, ob. cit., pp. 346-360.

27. La Corte IDH ha dicho: "El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes". Corte IDH, OC17. Augusto Belluscio critica que el Congreso se haya "plegado al prurito antidiscriminatorio de pasar por alto

disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos existentes en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales (conf. art. 1º). Esta norma ampara los derechos de los menores de edad, sujetos de derecho, cuya particularidad radica en que se encuentran en proceso de desarrollo[28]. Precisamente, como señalamos anteriormente, por esa situación, se les reconocen derechos específicos.

Se denomina "de protección integral" porque establece:

a) los principios, derechos y garantías;
b) el sistema y los órganos administrativos de protección y articulación a nivel nacional y federal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos;
c) las medidas a llevar a cabo para que los menores de edad alcancen el goce efectivo de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico argentino.

Está estructurada en seis títulos:

las reglas gramaticales incurriendo en la reiteración 'niñas y niños' en lugar de utilizar el masculino, que en el idioma español abarca a ambos géneros. En rigor, la alteración del idioma no alcanza para eliminar atisbos discriminatorios, ya que también podría sostenerse que la expresión 'niños y niñas' es discriminatoria para el sexo femenino, puesto que coloca adelante al varón, y que 'niñas y niños' lo es para el sexo masculino por la razón inversa. El despropósito gramatical llega en el art. 33 a la alusión a 'uno o varias niñas, niños o adolescentes'; llevando al extremo la preocupación por la posible discriminación debió haberse dicho 'una o varias niñas, uno o varios niños, una, varias, uno o varios adolescentes', ya que en el 'uno' se ha deslizado la supuesta preferencia por el género masculino". Belluscio, Augusto, "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061", en *LL*, 2006-B-701. En igual sentido opinan González del Solar y D'Antonio: *vid.* González del Solar, José Horacio, *Derecho de la minoridad. Adenda a la Ley Nº 26.061*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2006, p. 4; D'Antonio, Daniel Hugo, "La protección de la intimidad de los menores de edad", *RDPC*, 2006 n° 2, Buenos Aires, Rubinzal Culzzoni, pp. 113-114.

28. La Organización Mundial de la Salud, al hablar de "desarrollo del niño", hace referencia al despliegue armónico de todas sus potencialidades, abarcando la maduración en los aspectos físicos, cognitivos, lingüísticos, socio-afectivos, temperamentales y de motricidad.

Conf. http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/child/development/es/ (Consultado el 2-11-2017).

Título I. Disposiciones Generales

En este apartado, se establece, junto con los objetivos de la ley, que los derechos reconocidos en ella están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. (Conf. art. 1º)[29].

Determina que la aplicación de la CDN es obligatoria en las condiciones de su vigencia en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de los menores de 18 años; que ambos padres tienen la responsabilidad común sobre el cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos; y que los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia esté en condiciones de asumir dichas responsabilidades. (Conf. art. 2º).

Seguidamente, en el artículo 3º, determina el significado que para la presente ley tiene el "principio del interés superior del niño", noción de contenido indeterminado, cuya configuración en el caso concreto se delega en el juez, que deberá ajustarse al contenido de esta norma.

Además, en este artículo se condensan los criterios rectores para aplicar la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, adoptada por la CDN, como se señaló en parágrafos anteriores.

Teniendo en cuenta que el proceso madurativo del menor excede el mero transcurso del tiempo y la llegada de una determinada edad, el sistema apunta a reconocer que el niño tiene necesidades específicas, que se le debe dar la participación que corresponda de acuerdo a su edad y grado de desarrollo, y respetar ciertos ámbitos de autonomía, que será mayor a medida que transcurran los años, determinando la reducción de la injerencia de los padres en las decisiones que involucran sus intereses. En este proceso, el niño deberá ser escuchado y tenida en cuenta su opinión cuando tenga la edad suficiente para ser su propio portavoz[30].

29. En la norma se recoge la formulación del principio tal como se recepta en el Derecho Internacional. En efecto, en las regulaciones internacionales, se adopta la traducción oficial de la Convención sobre los Derechos del Niño y por lo tanto se habla del "interés superior del niño", incluyendo, lógicamente, a las niñas y/o adolescentes. Al mismo tiempo, al hablar de *niñez* se abarca también la adolescencia, salvo que se aclare lo contrario.

30. Conf. Santi, Mariana, "Capacidad y competencias de las personas menores de edad en el Proyecto del nuevo Código Civil", *RDFP*, n° 10, *LL*, nov. 2012, p. 220.

En el último párrafo el artículo 3º da una pauta hermenéutica contundente para resolver conflictos entre los derechos e intereses de los menores de edad, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos de personas adultas: deben prevalecer los derechos de los niños.

Art. 3º. *Interés superior.* A los efectos de la presente ley, se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;
b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Aborda, a continuación, las pautas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de elaborar las políticas públicas (conf. art. 4º), las responsabilidades indelegables de los organismos del Estado en la ejecución de dichas políticas (conf. art. 5º), la participación activa de la comunidad para alcanzar su vigencia plena y efectiva (conf. art. 6º) y la responsabilidad prioritaria de la familia en el efectivo goce

de los derechos, con la ayuda subsidiaria del Estado para que los padres puedan asumir adecuadamente sus responsabilidades (conf. art. 7º).

Título II. Principios, derechos y garantías

En esta sección se enumeran los derechos concretos garantizados por la ley: derecho a la vida (conf. art. 8º); a la dignidad y a la integridad personal (conf. art. 9º); a la vida privada y a la intimidad familiar (conf. art. 10); a la identidad (conf. art. 11); a la garantía estatal de identificación mediante procedimientos sencillos y rápidos de inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas (conf. art. 12); a la documentación (conf. art. 13); a la salud (conf. art. 14); a la educación pública gratuita (conf. arts. 15 y 16); a la libertad (conf. art. 19); al deporte y juego recreativo (conf. art. 20); al medio ambiente (conf. art. 21); a la dignidad, reputación, intimidad y propia imagen (conf. art. 22); a la libre asociación (conf. art. 23); a la seguridad social (conf. art. 26).

A los adolescentes se les reconoce el derecho al trabajo dentro del marco de las restricciones legales orientadas a proteger su desarrollo mental, emocional y físico (conf. art. 25). Se prohíbe tomar medidas discriminatorias por estado de embarazo, maternidad y paternidad en las escuelas; se impone al Estado tomar medidas para que los menores de edad en esas situaciones puedan finalizar sus estudios. En caso de mujeres privadas de libertad se determina que tendrán la atención y la ayuda material que les facilite la educación de sus hijos durante su permanencia en el medio carcelario (conf. art. 17). Las medidas de protección integral se extienden a los padres durante el embarazo, el parto y el período de lactancia (conf. art. 18).

En cuanto a los procedimientos judiciales y administrativos, se dispone que el Estado debe garantizar el derecho a ser oído, a que su opinión sea tomada en cuenta al tomar decisiones que lo afecten, a ser asistido por un letrado, a una participación activa en el proceso y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (conf. art. 27).

A continuación, se plasman dos principios fundamentales que deben respetarse en la aplicación de la ley: el de igualdad y no discriminación (conf. art. 28) y el de efectividad (conf. art. 29).

Por último, se impone a los miembros de los establecimientos educativos o de salud, y a los funcionarios públicos, el deber de denunciar si llega a su conocimiento la vulneración de alguno de los derechos establecidos en la ley; asimismo, se establece el correlativo deber de los funcionarios públicos de recibir las denuncias que se hagan en ese sentido (conf. arts. 31 y 32).

Título III. Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

En esta parte se determina que la conformación del régimen de amparo completo de la niñez y adolescencia abarca los organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Además, el sistema establece las medidas a través de las cuales asegurar el efectivo goce de los derechos y garantías (conf. arts. 33 a 38). Entre esos mecanismos, prevé medidas excepcionales y criterios para su aplicación (conf. arts. 39, 40 y 41).

Título IV. Órganos administrativos de protección de derechos

Esta sección contempla los distintos niveles del sistema de protección integral, distribuyendo competencias y funciones a los órganos nacional, federal, provincial y municipal (conf. art. 42).

Crea los siguientes organismos:

a) *Capítulo I: La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia* (conf. art. 43), en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, y establece sus funciones (conf. art. 44).
b) *Capítulo II: El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia*, determinando que lo integrarán la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia –que tendrá la presidencia del organismo– y los Órganos de Protección de Derechos de Niños, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en las provincias

y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 45). Asimismo, determina sus funciones (conf. art. 46).

c) *Capítulo III: El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, que tendrá a cargo velar por la protección, promoción, defensa de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales. Estará dentro de su competencia el control, a nivel nacional, de la aplicación del sistema de protección integral (conf. arts. 47 y 48).

Regula la forma de designación por el Congreso Nacional, los requisitos para su elección, la duración en el cargo, las incompatibilidades, cómo se establecerá su remuneración, la previsión en el presupuesto del PEN, las causales para el cese en el cargo y el procedimiento para llevarse a cabo (conf. arts. 49 a 54 y 59 a 60). Por último, establece sus funciones (conf. art. 55), la obligación de presentar un informe anual de la labor realizada ante el Congreso, con un contenido determinado (conf. arts. 56 y 57) y otros deberes (conf. 64).

En el *Capítulo IV: De las Organizaciones no Gubernamentales*, las define de la siguiente manera: "Aquellas que, con Personería Jurídica y que, en cumplimiento de su misión institucional, desarrollen programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (art. 65). Determina sus obligaciones (art. 66) y crea el Registro Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería jurídica en el ámbito de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (conf. art. 68).

Título V. Financiamiento

En este apartado se regula todo lo referente a los fondos que deberá prever el Presupuesto General de la Nación para el funcionamiento de la Secretaría Nacional, el Consejo Federal y el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; y se determina que los dos organismos –nacional y federal– mencionados en el párrafo anterior deberán realizar la distribución justa y equitativa de las partidas presupuestarias para que se efectivicen los objetivos de la ley (conf. arts. 69 a 72).

Título VI. Disposiciones Complementarias

La norma finaliza con este epígrafe, en el que se encuentra el artículo 77, que señala el plazo de 90 días para su reglamentación. Esta obligación legal fue cumplida por el PEN mediante el Decreto Nº 415/2006, del 17 de abril de 2006, publicado en el Boletín Oficial el 18 de abril de 2006.

La ley reseñada ha sido tan alabada por sus promotores como criticada por la doctrina[31]. Y podemos afirmar que después de doce años de su sanción, aún no ha logrado sus elevados objetivos. En parte, como ha advertido Bidart Campos, porque "de las normas a la realidad hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo"[32]. En este sentido, calificada doctrina ha puesto de resalto que una de las principales razones por las que no ha alcanzado real operatividad, radica en que el contenido de la ley es más moral que jurídico, ya que muchos de sus preceptos poseen una buena descripción del supuesto de hecho, pero no incluyen consecuencia jurídica alguna[33].

De todos modos, es preciso reconocer que ha habido ciertos avances en su aplicación. En efecto, se creó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, entidad que, como ya mencionamos, actúa en todo el territorio nacional y tiene la responsabilidad de gestionar políticas y acciones para todos los niños, así como garantizar el acceso al ejercicio de sus derechos. También se conformó el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, que representa a todas las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

31. Conf. Zannoni, Eduardo, "El patronato del Estado y la reciente Ley Nº 26.061", *LL*, 2005-F-923.

Una crítica rica y sustanciosa sobre la ley y su decreto reglamentario es la realizada por la Dra. Basset. Esta autora señala que, si bien el fin de la norma es loable y tiene aspectos positivos, hay otros que claramente pueden ser perjudiciales para quienes se pretende proteger: los niños. Y pone el ejemplo de algunas disposiciones referentes a medidas administrativas de contralor familiar, que, por su amplitud, pueden dar lugar a arbitrariedades y a la lesión del derecho a la intimidad familiar. *Vid.* Basset, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la Ley Nº 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", *LL*, 2008-C-893.

32. Bidart Campos, Germán, "La realidad, las normas y las reformas jurídicas", *LL* 1990-E-680.

33. Conf. Nicolau, Noemí, L., "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad e imagen", *LL*, 2007-B-1151.

donde por primera vez acordaron que el financiamiento federal fuese exclusivamente para iniciativas que respondieran a la Ley Nº 26.061.

Un retraso importante, por parte del Congreso Nacional, es el nombramiento del Defensor de los derechos de los niños –figura creada en el artículo 47–, que aún no ha sido designado[34]. Por esa razón, diversas fundaciones y asociaciones interpusieron una acción de amparo con el objeto de que se ordenara al Congreso Nacional sustanciar el proceso de designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, tal como lo estipula el artículo 49 de la Ley Nº 26.061. La Dra. Claudia Vidal, titular del juzgado interviniente, resolvió favorablemente la acción incoada, considerando que es la solución que mejor se aviene a la urgencia y naturaleza de la pretensión, objetivo al que debe propenderse siempre que se trate de resguardar el interés superior del niño. En este sentido, determinó en su fallo:

"Corresponde admitir la acción de amparo, exhortando al Congreso de la Nación al cumplimiento de la obligación de designar al Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, debiéndose informar en esta causa sobre el cumplimiento del procedimiento legal establecido en la Ley Nº 26.061". (Cons. 9)[35].

III.4. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley Nº 26.994

El CCyC, en sintonía con el reclamo sostenido por la doctrina, recepta la constitucionalización del Derecho Privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público

34. Con una mirada crítica, el Dr. Lucas Aón, juez de familia, ha dicho que no se nombra al Defensor de los derechos de los niños porque "no conviene designar a alguien que controle". Conf. Diario *La Nación* del 15-5-2010, en http://www.lanacion.com.ar/1264411-una-ley-con-poca-incidencia. "Especialistas y ONG reclaman la implementación de la norma 26061 de protección de los derechos del niño" (Consultado el 19-10-2016)

35. Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 3, causa 15581/2015, "Fundación Sur Argentina y otros c/ EN Honorable Cámara de Senadores de La Nación y otros s/ amparo Ley Nº 16.986", Buenos Aires, 9 de marzo de 2017, en http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-3-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-sur-argentina-otros-en-honorable-camara-senadores-nacion-otro-amparo-ley-16986-fa17100002-2017-03-09/123456789-200-0017-1ots-eupmocsollaf (Consultado el 28-3-2017).

y el Derecho Privado que se ve claramente en el campo de la tutela de los niños[36]. En efecto, en materia de minoridad, el CCyC se alinea con el sistema de reconocimiento de derechos, garantías y autonomía progresiva establecido en la CDN y en la Ley Nº 26.061.

Se ha sustituido, en el CCyC, la tradicional denominación "patria potestad" por "responsabilidad parental", que pone énfasis en el compromiso con el que deben ser ejercidos los derechos y deberes que se establecen en protección del hijo, para su desarrollo y formación integral. Además, la noción de responsabilidad parental permite visualizar a esta institución como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad[37]. En definitiva, el CCyC, al reemplazar la noción de "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", adapta esta institución a las exigencias de la CDN y se adhiere a las tendencias dominantes en el Derecho Comparado que plantea la regulación del vínculo entre padres e hijos de manera horizontal[38]. También para armonizar la norma con las modificaciones legislativas respecto del matrimonio, se cambió la expresión "padres" por "progenitores".

El significado de la expresión "responsabilidad parental" está dado en el artículo 638 del CCyC de la siguiente manera:

Art. 638. *Responsabilidad parental. Concepto.* La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

El CCyC ratifica en diferentes normas, como ya indicamos, los pilares de la regulación jurídica de la minoridad fijados en la CDN y en la Ley Nº 26.061: "el interés superior del niño", "la autonomía progresiva" y el "derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta". A modo de ejemplo, el artículo 639 los fija como rectores

36. Conf. Código Civil y Comercial de la Nación, *Fundamentos del Proyecto, 1) Aspectos Valorativos. Constitucionalización del Derecho Privado*, p. 4, en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf (Consultado el 11-12-2017).

37. Conf. Lorenzetti, ob. cit., T. 4, p. 263.

38. *Vid.* ibídem, pp. 264-268.

del ejercicio de la responsabilidad parental; y los artículos 113 y 707 los contemplan para los procesos judiciales en los que esté involucrado un niño.

Art. 639. ***Principios generales. Enumeración.*** **La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:**

a) el interés superior del niño;
b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 113. ***Audiencia con la persona menor de edad.*** **Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:**

a) oír previamente al niño, niña o adolescente;
b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;
c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Art. 707. ***Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes.*** **Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.**

Al establecer los "deberes de los progenitores" respecto del hijo, el CCyC, en el artículo 646[39], menciona en el inc. a), las obligaciones fundamentales de cuidado y satisfacción de necesidades vitales –alimento, vivienda, educación–; en el b), el tener en cuenta las necesidades específicas según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo. También incluye, en el inc. e), el

39. Ubicados en el Libro II. Relaciones de familia. Título VII. Responsabilidad Parental. Capítulo 3. Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales.

deber de facilitar la comunicación del niño con sus parientes y seres queridos; y en el inc. f), el de representarlo y administrar sus bienes. Y en lo atinente al tema que abordaremos en el apartado siguiente, sobre el ejercicio de los derechos del menor de edad, reafirma en el inc. c) el deber de los padres de oír y tener en cuenta la opinión del hijo, respetar su derecho a participar en su proceso educativo y en lo concerniente al ejercicio de los derechos personalísimos; y en el inc. d) se fija la obligación de orientarlo y guiarlo en el ejercicio efectivo de sus derechos.

Transcribimos la parte pertinente a la autonomía progresiva del artículo reseñado:

> **Art. 646. Enumeración. Son deberes de los progenitores: […]**
> **c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;**
> **d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; […].**

a) La capacidad de ejercicio del menor de edad y el sistema de autonomía progresiva

La capacidad es la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos, y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican dichos deberes jurídicos[40]. Como es sabido, a la cualidad referida a la titularidad de derechos se le llama capacidad de derecho o de goce; y a la potestad para ejercer los derechos por sí mismos, se la denomina capacidad de ejercicio o de hecho[41].

Con relación a la capacidad de ejercicio, es decir, a la aptitud de la persona humana para actuar por sí misma en la vida civil[42], el

40. Conf. Rivera, Julio César; Crovi, Luis Daniel, *Derecho Civil. Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, p. 237.

41. *Vid.* Peyrano, Guillermo; Lafferriere, Jorge Nicolás, *Restricciones a la capacidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 15-19.

42. Conf. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. 1, ob. cit., p. 347.

CCyC, tal como ya hemos señalado, adopta el sistema de autonomía progresiva, que promueve el otorgamiento de aptitud para realizar ciertos actos y tomar algunas decisiones por parte de los menores, no sólo en función de la edad, sino tomando también en consideración el grado de madurez alcanzado por el niño. De ahí que se le reconoce una mayor capacidad de ejercicio en la medida en que el menor, al desarrollarse física y psíquicamente, va alcanzando un nivel de discernimiento superior. A su vez, y en consonancia con los principios que rigen la responsabilidad parental, los progenitores deben favorecer la autonomía personal de sus hijos, promover sus habilidades y aptitudes, además de respetar sus deseos y preferencias.

Como consecuencia de lo dicho, podemos afirmar que el sistema de representación no es rígido, sino flexible, y a mayor autonomía del niño, menor será la representación de sus progenitores[43].

Conviene señalar que la noción de autonomía progresiva suele identificarse con el término *competencia*[44], que es un vocablo que se utiliza en doctrina, en el área del ejercicio de los derechos personalísimos[45]. En realidad, el CCyC no usa el término *competencia*, pero se puede encontrar una referencia a ella en la mención a la "autonomía progresiva" del artículo 639 y al "grado de madurez" que aparece reiteradamente en el Código. La competencia y la consiguiente autonomía se va adquiriendo de manera gradual, con la madurez psicológica y cognitiva. Y se debe evaluar, en cada caso concreto, si existe o no dicha competencia, en función del tipo de decisión a tomar. Una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertos asuntos y carecer de ella para otros. Por eso, como advertimos, para evaluar si el menor está en condiciones de ejercer sus derechos por sí mismo, es preciso analizar si puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre

43. Conf. Yurba, Gabriela, "La representación y asistencia de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. El rol del Ministerio Público", en *RDPC*, 2010, n° 3, *Derechos del paciente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 343.

44. La palabra "competencia" es una traducción literal del inglés *competence*, concepto éste que se relaciona con la capacidad mental. Conf. Rivera-Crovi, ob. cit., p. 238.

45. *Vid.* Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 23-27.

las alternativas y si tiene valores para estar en condiciones de formarse un juicio[46].

Conforme vimos en páginas precedentes, el artículo 639 del CCyC establece, entre los principios rectores del ejercicio de la responsabilidad parental, la autonomía progresiva del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Por esa razón, la responsabilidad de los padres debe evolucionar según el interés del niño: de tener un total protagonismo en las decisiones sobre el hijo en los primeros años de vida, debe pasarse paulatinamente a una mera facultad de supervisión, con el objetivo último de facilitarle al hijo el pasaje hacia una completa autodeterminación.

En definitiva, la representación, asistencia y cooperación constituyen tres figuras graduales en función del desarrollo del niño. La representación sustituye la voluntad del niño, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y, finalmente, en la última figura, la decisión la toma el niño, asentado en la contención y apoyo de sus representantes[47].

Pero como veremos en las próximas páginas, las normas del CCyC sólo exigen edades determinadas junto al requisito de grado de madurez, para el ejercicio de derechos referidos al cuidado del propio cuerpo. Por eso, con respecto al ejercicio de los demás derechos personalísimos, hay zonas grises en las que no queda claro si los progenitores deben concurrir con su asentimiento, o apoyar y acompañar la decisión que haga el hijo respecto a los mismos.

Al individualizar a las personas incapaces de ejercicio, el CCyC incluye en el artículo 24 a quienes "no cuentan con edad y grado de madurez suficiente", con el alcance previsto en la Sección 2ª –arts. 25 a 30 del CCyC–, que regula la capacidad de la persona menor de edad. El mencionado artículo dispone:

Art. 24. ***Personas incapaces de ejercicio.*** **Son incapaces de ejercicio: […]**

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; […].

46. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", *RDPC*, 2010 n° 3. *Derechos del paciente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 130-131; Conf. Rivera-Crovi, ob. cit., pp. 237-239.

47. Conf. Lorenzetti, ob. cit., T. 4, p. 276.

Así, se constata, como ya señalamos, que el régimen de capacidad de los menores de edad instituido en el CCyC no se asienta en condiciones etarias fijas, como en el Código de Vélez Sarsfield, sino que introduce un elemento dinámico y permeable, la "madurez suficiente", que exige desentrañar si el menor de edad está en condiciones de tomar una decisión razonada en el acto concreto de que se trate en un momento determinado.

El CCyC dispone que la mayoría de edad y la consiguiente capacidad de ejercicio en forma plena se obtiene al cumplir los 18 años[48]. Por lo tanto, el niño, en principio, es incapaz de ejercicio –salvo que posea edad y grado de madurez suficiente para ejercer por sí mismo ciertos actos establecidos por la ley. Seguidamente, introduce una distinción entre los niños menores de 13 años y aquellos que han cumplido esa edad, que los denomina adolescentes[49]. Conviene hacer notar que la CDN no contempla la categoría diferenciada de adolescente; para ella, se es niño hasta que se cumplen los 18 años. Por otra parte, la crítica que hace calificada doctrina –con la que estamos de acuerdo– a la distinción de la especie adolescente dentro del género menor de edad es similar a la que se hacía a la derogada distinción entre menores impúberes y adultos del Código de Vélez

48. Con anterioridad, ya la Ley Nº 26.579 había bajado el comienzo de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años, en conformidad con lo establecido en la CDN. Fecha de Sanción: 2-12-2009; Fecha de Promulgación: 21-12-2009; Publicado en *BO*: 22-12-2009.

49. El CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en menores adultos e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En el sistema abandonado, a los 14 años se consideraba que el niño alcanzaba el discernimiento para los actos lícitos –art. 921 del Código Civil–, y establecía las categorías de menores adultos e impúberes, según tuvieran o no la posibilidad de realizar por sí mismos actos jurídicos. La doctrina era unánime en advertir la necesidad de suprimir dicha categorización por su inutilidad. Los argumentos esgrimidos eran que ambas categorías estaban regidas por un principio general de incapacidad, admitiéndose excepciones, sin que mediara entre ellas ninguna diferencia ontológica ni jurídica significativa que justificara su diferenciación en cuanto a su régimen de capacidad. Conf. Llambías, *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., p. 398; Conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, T. 1, 20ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pp. 412-413; Conf. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil: parte general*, T. 1, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 417.

Sarsfield: que no está fundada en diferencias de tipo ontológicas o jurídicas de importancia[50].

Art. 25. ***Menor de edad y adolescente.*** **Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.**

De la lectura de los artículos que hacen referencia al sistema de autonomía progresiva, cabe inferir que la capacidad progresiva se reserva al ejercicio de derechos personalísimos, y no al de los patrimoniales, ya que la seguridad jurídica requiere que la capacidad e incapacidad para los negocios jurídicos patrimoniales esté basada en franjas de edad rígidas, y en ocasiones, se determine la total interdicción de una persona cuando los sistemas de apoyo previstos no serían eficaces para ella.

Las restricciones a la capacidad de obrar en las relaciones contractuales tienen la finalidad de proteger el patrimonio de aquellas personas que por su falta de desarrollo intelectual o psíquico no están en condiciones de administrarlo o disponer de él. Por esa razón, junto con la capacidad aplicable a las relaciones patrimoniales, el CCyC regula los aspectos derivados de la denominada capacidad progresiva o competencia, que alude a la posibilidad de investigar el real discernimiento del sujeto para el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, de contenido no patrimonial[51].

Respecto de la posibilidad de realizar actos voluntarios, el CCyC mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario. Cabe señalar que “discernir es comprender, desentrañar un sentido a las normas; significa distinguir la diferencia entre los opuestos, como el bien y el mal, lo justo e injusto, lo importante y lo intrascendente, lo verdadero y lo falso, lo necesario y lo prescindible, lo honesto y lo deshonesto; o sea, ser capaz de actuar en función del propio juicio

50. *Vid.* Muñiz, Carlos, “Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial unificado”, en Limodio, Gabriel (Editor), *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Educa, 2016, pp. 482-485.

51. Conf. Rivera-Crovi, ob. cit., p. 239. En el mismo sentido, Highton, Elena I., “Capacidad de los menores de edad”, *RDPC*, 2015 n° 3. *Persona Humana*, Rubinzal-Culzoni, pp. 272-273.

crítico; es decir, es mucho menos que la capacidad"[52]. En este sentido, el Código determina que el menor actúa con discernimiento, a partir de la edad de 10 años para los actos ilícitos, y 13 años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento el acto ilícito realizado por un menor de 10 años y el acto lícito llevado a cabo por un niño que no ha alcanzado los 13[53].

Pero el discernimiento, como hemos señalado en párrafos anteriores, además de ser un elemento constitutivo de la acción voluntaria, permite también evaluar la competencia o capacidad progresiva. Es decir que el grado de discernimiento concreto de una persona es pauta para determinar su aptitud para el ejercicio de derechos personalísimos, por sí mismo o con la asistencia de su representante legal, conforme veremos al analizar el artículo 26 del CCyC.

La capacidad de ejercicio de los menores de edad, y en especial de los adolescentes, para la realización de actos concretos, está fijada en varios artículos dispersos en el CCyC y en otras leyes[54]. A modo de ejemplo, mencionamos el artículo 684 del CCyC, que se refiere a la aptitud para realizar contratos de escasa cuantía, que la doctrina reconocía, pero no estaba plasmada en la ley.

Art. 684. *Contratos de escasa cuantía.* Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.

En el tema de la capacidad de ejercicio de los niños, en consonancia con la CDN, el CCyC mantiene la responsabilidad y autoridad parental[55]. En efecto, el artículo 26, primer párrafo, al re-

52. Highton, Elena, ob. cit., p. 20.

53. "Art. 260. *Acto voluntario*. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior"; "Art. 261. *Acto involuntario*. Es involuntario por falta de discernimiento […] b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales".

54. Para acceder a una enumeración ejemplificativa de los actos jurídicos que pueden llevar a cabo los menores de edad, *vid.* Budano Roig, Antonio R., *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pp. 307-311.

55. CDN, "Art. 5º: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con

gular el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad, establece el principio general de que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Es decir, que la incapacidad se suple con la figura de la representación, conforme ordenan los artículos 100, 101 y 103 del CCyC.

Art. 26. ***Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.*** **La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales […].**

Art. 100. ***Regla general.*** **Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.**

Art. 101. ***Enumeración.*** **Son representantes:**

a. **de las personas por nacer, sus padres;**
b. **de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe […].**

Los menores de edad, además de la representación de los padres o el tutor, en los asuntos en que están involucrados gozan de la intervención del Ministerio Público, un órgano estatal de asistencia y control, para garantizar la protección y defensa de sus derechos[56]. El Ministerio Público interviene de manera complementaria, en el sentido de que es conjunta con los representantes necesarios del menor,

---

la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

56. El Ministerio Público está caracterizado en el art. 120 de la Constitución Nacional –desde 1994–, que establece lo siguiente: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación, y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibles de sus remuneraciones". Está reglamentado por la Ley Nº 27.149: Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Sancionada el 10 de junio de 2015, promulgada el 17 de junio de 2015 y publicada en el *BO* el 18 de junio de 2015.

o principal, en ciertos supuestos previstos por la ley. Cabe puntualizar que la participación del Ministerio Público es fundamental para la validez de los actos y procedimientos judiciales en los que esté implicado el interés de un niño. Y esto es así precisamente porque es un órgano constitucional y legal que tiene un rol esencial a la hora de garantizar y asegurar el goce de los derechos de los niños, al brindar un "plus de protección" requerido por la falta de madurez física y mental de los menores de edad[57].

Art. 103. ***Actuación del Ministerio Público.*** **La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad […]**

- **a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad […]; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.**
- **b. Es principal:**
  - **i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;**
  - **ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;**
  - **iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.**

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales"[58].

El artículo 26, párrafo 2º, determina que, en los casos previstos legalmente, si cuentan con edad y grado de madurez suficiente, podrán ejercer los actos por sí mismos. Seguidamente, en el párrafo 3º, prescribe el derecho a ser oído en procesos judiciales y demás situaciones en las que esté involucrado, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Conviene precisar que el derecho del menor a ser escuchado supone que el niño tiene discernimiento para

57. Sobre el rol del Ministerio Público a la luz de la CDN, la Ley Nº 26.061 y el CCyC, *vid.* Yurba, Gabriela, ob. cit., pp. 344-360.

58. *Vid.* Tobías, José W., *Código Civil y Comercial Comentado*, Alterini, Ignacio (Coord.), Tomo 1, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 976-989.

dar su opinión en el caso concreto[59]. En cuanto al "participar" en las decisiones sobre su persona, volveremos luego sobre el tema al considerar el artículo 646, CCyC.

A continuación, en los párrafos 4º y 5º, el artículo 26 otorga al adolescente entre los 13 y 16 años, una ampliación de su capacidad de obrar en las cuestiones atinentes al derecho a la salud y, por último, en el párrafo 6º, estipula que a partir de los 16 años el adolescente es considerado adulto para las decisiones referidas al cuidado de su propio cuerpo. A este último caso, parte de la doctrina lo ha llamado supuesto de "mayoría de edad anticipada"[60].

Al regular esta mayor autonomía para la realización de ciertos actos referidos a la salud, el CCyC utiliza conceptos jurídicos abiertos y flexibles: alude a tratamientos "invasivos" y "no invasivos" o que "provocan un riesgo grave en su vida o integridad física". Conviene tener en cuenta que esta ampliación de la capacidad para decidir en materia médica de los menores de edad entre los 13 y 16 años tuvo su origen en el contexto de los debates sobre el acceso de los adolescentes al uso de anticonceptivos sin necesidad del conocimiento y autorización de los padres[61], por lo que la extensión que realiza el CCyC a "todos los tratamientos médicos" es una derivación que resulta problemática y contradictoria con otras normas recientes[62].

59. Como ya se señaló, el derecho a ser oído y que se tengan en cuenta sus opiniones está contemplado en el art. 12 de la CDN, en los arts. 3º, 24 y 27 de la Ley Nº 26.061, y en diversos artículos del CCyC: el ya mencionado art. 113 para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, y el art. 595, inc. f), referido a los procesos de adopción, entre otras normas.

60. Conf. Olmo, Juan Pablo, "Capítulo II. Capacidad", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. 1, Medina, Graciela (Dir.); Rivera, Julio (Coord.); Esper, Mariano, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 82.

61. Para una comprensión más acabada de esta afirmación y el alcance buscado con la norma, *vid.* Fernández, Silvia E.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud", *LL*, 28-11-2017, en http://thomsonreuterslatam.com/2017/11/el-principio-de-autonomia-progresiva-en-el-campo-de-la-salud/ (Consultado el 28-2-2018).

62. Por ejemplo, podemos citar la Ley Nº 26.529 sobre "Derechos del Paciente, historia clínica y consentimiento informado", promulgada de hecho el 9 de noviembre de 2009, y modificada por la Ley Nº 26.742, llamada de "Muerte digna. Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud", promulgada de hecho el 24 de mayo de 2012; y su Decreto Reglamentario Nº 1.089/2012 (*BO*: 6 julio de 2012). Para un estudio exhaustivo de esta problemática, *vid.* Lafferriere, Nicolás J., "¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del

La consecuencia de esta decisión legislativa es que queda en manos de los jueces determinar el alcance de los mencionados conceptos jurídicos abiertos referidos a actos médicos, a la hora de zanjar las controversias que, seguramente, se irán presentando en su aplicación concreta.

A continuación, transcribimos la norma reseñada:

Art. 26. […] No obstante, la [persona menor de edad] que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En definitiva, según el sistema establecido por el CCyC, los niños se pueden encontrar en tres situaciones diferentes, según la edad y grado de madurez, al momento de ejercer sus derechos:

a) Hasta los 13 años los niños están sujetos a la representación de sus padres, o en su defecto, a la del tutor que se les nombre para la realización de actos jurídicos. A su vez, para la toma de decisiones sobre su persona, tienen derecho a ser oídos y a participar en las decisiones.

Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, 2ª época, año 13, n° 16, diciembre de 2017, en file:///C:/Users/pc/Documents/2017/1353-97-5500-1-10-20171117.pdf (Consultado el 2-12-2017).

b) Entre los 13 y 16 años se presume que los menores tienen competencia para decidir por sí mismos sobre "tratamientos no invasivos", que no comprometan gravemente ni el estado de salud, ni la vida, ni la integridad física. Si la decisión a tomar hace referencia a un "tratamiento invasivo" que compromete el estado de salud, la vida o la integridad física, deben concurrir de manera conjunta el consentimiento del adolescente y el de sus progenitores. Y en caso de desacuerdo, teniendo en cuenta la opinión médica al respecto y el interés superior del niño, el juez competente resolverá el conflicto.
c) A partir de los 16 años el adolescente tiene capacidad plena, porque el CCyC lo asimila al adulto, para las decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo.

Pensamos que sería conveniente, en futuras reformas, determinar, además de la necesidad del grado de madurez suficiente, a qué edad concreta los niños podrían ejercer los demás derechos personalísimos, como la intimidad o la imagen, con la asistencia de sus progenitores o tutores; y a qué edad ejercerlos sólo con su apoyo y colaboración[63].

Por último, cabe agregar que coherente con el artículo 26 reseñado, el artículo 32 prevé que la restricción a la capacidad para determinados actos puede ser dictada judicialmente a partir de los 13 años y, para esos casos, el Código Civil y Comercial establece el sistema de apoyos y salvaguardias. Excepcionalmente, en los casos de pérdida total de discernimiento, el juez puede restringir totalmente la capacidad de ejercicio y nombrar un curador.

a) Emancipación por matrimonio

La emancipación es la institución por la cual el menor de edad es liberado del régimen de incapacidad antes de cumplir los 18 años. En el CCyC, el supuesto previsto para emanciparse es contraer matrimonio[64].

63. Un estudio sobre la regulación normativa de la autonomía progresiva y del ejercicio de los derechos personalísimos del niño, puede encontrarse en el artículo de mi autoría de reciente publicación: Nieto, María B., "Derechos personalísimos y autonomía progresiva del menor de edad en Argentina: sus derechos a la intimidad, al honor y a la imagen" en Revista de Derecho, n.º 21 (enero-junio 2020), pp.89-115.

64. Hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 26.579 existían dos formas de emancipación civil: la emancipación por matrimonio y la emancipación dativa o por habilitación de edad que ha quedado derogada por la mencionada norma.

El artículo 27 dispone que el menor de 18 años que contrae matrimonio[65] queda emancipado. A través de la emancipación, la responsabilidad parental y la tutela, en su caso, finalizan. El emancipado adquiere la capacidad de obrar, con las limitaciones que la ley determine en ese caso. La emancipación es irrevocable, salvo para el cónyuge de mala fe, para quien termina a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada[66].

Art. 27. *Emancipación.* La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad.

La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código.

La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe, para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

El emancipado se considera sujeto capaz, pero con determinadas limitaciones: el artículo 28 individualiza ciertos actos de índole patrimonial que la persona emancipada tiene prohibidos realizar para evitar que su patrimonio se vea comprometido[67]. A su vez, el artículo 29 indica los actos que puede realizar con autorización del juez[68].

65. La aptitud nupcial se adquiere a los 18 años (conf. art. 403, f). La falta de edad nupcial puede dispensarse judicialmente cuando el menor no ha cumplido los 16 años; si tiene 16 años, puede contraer matrimonio con la autorización de sus representantes legales, y a falta de ellos, por dispensa judicial (conf. art. 404). Los matrimonios de menores de 18 años sin dispensa judicial o la autorización de los representantes legales son nulos de nulidad relativa (conf. art. 425, inc. a)

66. Para profundizar en el régimen de capacidad del menor emancipado, *vid.* Muñiz, Carlos, *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Gabriel Limodio (Editor), ob. cit., pp. 514-526.

67. "Art. 28. *Actos prohibidos a la persona emancipada*. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:

a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito;

b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito;

c) afianzar obligaciones".

68. "Art. 29. *Actos sujetos a autorización judicial*. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La

b) Capacidad laboral del menor de edad

El CCyC dispone que el menor de edad que ha obtenido un título habilitante para ejercer una profesión, puede desempeñarla. No parece factible que se dé con frecuencia esta situación, pero puede tener interés y utilidad en el caso en que un menor acceda a carreras o cursos cortos que habiliten para el ejercicio de una profesión, sin haber cumplido aún los 18 años. El artículo 30 contempla esta situación y permite al menor con título habilitante administrar y disponer de los bienes adquiridos con el ejercicio profesional. Asimismo, el artículo 686 excluye de la administración de los progenitores, los bienes adquiridos por el hijo como resultado de su empleo, trabajo, profesión o industria, que queda a su cargo, lo cual está en conformidad con el artículo 683, último párrafo[69].

En definitiva, la capacidad de ejercicio patrimonial está vinculada a la capacidad laboral del menor, que puede también estar en juicios civiles o penales vinculados con su actividad profesional.

Art. 30. ***Persona menor de edad con título profesional habilitante.*** **La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.**

El CCyC fija la edad mínima para obligarse en una relación de servicios personales, y, en el ámbito laboral, remite a las leyes especiales. Concretamente, establece que el menor de 16 años no puede realizar oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona sin autorización de sus progenitores. Y en el caso de los mayores de 16 años, presume que cuentan con dicha autorización.

Art. 681. ***Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años.*** **El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, pro-**

---

autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente".

69. "Art. 683. […] Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo".

fesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales.

Art. 683. ***Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años.*** **Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.**

IV. La especial protección del derecho a la intimidad de los niños

El niño, al ser persona y sujeto de derechos, goza de los mismos derechos personalísimos que los adultos; por lo tanto, también del derecho a la intimidad. Sin embargo, por tratarse de una persona en desarrollo y formación, la protección y el ejercicio de estos derechos tiene especificidades propias, fundadas en la situación de vulnerabilidad del niño –por su edad y falta de madurez–[70].

En este sentido, hemos remarcado, al examinar la CDN, que en su Preámbulo manifiesta que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

70. Conf. Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 60-61; *vid.* D'Antonio, Daniel Hugo, "La protección de la intimidad de los menores de edad", ob. cit., pp. 115-117; Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 276-277 en http://hdl.handle.net/10016/564 (Consultado el 15-2-2018); Ales Uría, Mercedes, "Tendencias en el Derecho europeo de familia y el principio del mejor interés del menor", en *Régimen de los menores de edad*, Solari, Néstor Eliseo; Benavente, María Isabel (Dirs.), ob. cit., pp. 77-78; Garay, Oscar Ernesto, *Protección de los Derechos de los niños y las niñas en el ámbito de la salud*, en ibídem, pp. 153-157.

IV.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Sobre el derecho a la intimidad de los menores, la *CDN* establece:

Art. 16. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Y al abordar los derechos de los niños en conflicto con la ley, contempla este derecho al determinar, en el *artículo 40, inc. 2º, vii)*, que los Estados Partes garantizarán "que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento".

IV.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Conforme señalamos en el capítulo primero, de la primera parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su *artículo 14*, último párrafo, impone: "[…] toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

IV.3. Ley Nº 26.061

Al analizar el contenido de la *Ley* Nº *26.061*, constatamos que regula en dos artículos el derecho de los menores a su privacidad e imagen, en el Título II, "Principios, derechos y garantías":

Art. 10. *Derecho a la vida privada y familiar.* Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Art. 22. *Derecho a la dignidad.* Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación

y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

El *Decreto Nacional Nº 415/2006*, que reglamenta la Ley Nº 26.061, dispone respecto del artículo 22 lo siguiente:

"Los datos e informaciones a que refiere el párrafo segundo del artículo 22 comprenden los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente.

En aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse, aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley y sus representantes legales. A tal efecto deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3º, inciso d) de la Ley Nº 26.061"[71].

IV.4. Ley Nº 20.056 sobre Publicidad de hechos referidos a menores de edad

La *Ley Nº 20.056* sobre "Publicidad de hechos referidos a menores de edad"[72] prohíbe la difusión de noticias referentes a menores de edad involucrados en delitos o contravenciones o que hayan sido víctimas de ellos, o que estén abandonados o en peligro moral o

71. "Art. 3º. *Interés superior*. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar: […] d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; […]".

72. Sancionada y promulgada el 28 de diciembre de 1972, y publicada en el *Boletín Oficial* el 5 de abril de 1973.

material. Asimismo, se prohíbe, con ocasión de esa publicidad, exhibirlos o hacer públicos sus antecedentes personales o familiares que permitan identificarlos. A su vez, quedan exceptuados de dicha prohibición cuando las informaciones son difundidas o autorizadas por los órganos judiciales o administrativos competentes en el orden nacional o provincial.

Art. 1º. Prohíbese en todo el territorio de la República, la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incursos en hechos que la ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado.

Difusión autorizada por órganos competentes.

Excluyese de dicha prohibición las informaciones que emitan o autoricen los órganos judiciales o administrativos competentes en el orden nacional o provincial.

IV.5. Código Civil y Comercial de la Nación

Hemos visto en el capítulo I, que el CCyC establece la inviolabilidad de la dignidad de toda persona humana y la protección de sus derechos personalísimos, entre los que menciona la intimidad personal y familiar, y el derecho a la imagen. Para su salvaguarda dispone que quien se encuentre en situación potencial de ser lesionado en ellos, o que sufra un menoscabo, puede solicitar medidas de prevención o reparación de los daños causados a los mismos, según corresponda. Además, el texto legal individualiza de manera ejemplificativa algunas conductas violatorias de la intimidad. En cuanto al derecho a la imagen, determina las condiciones a reunir para que su captación y/o reproducción sea lícita.

Por otra parte, el ejercicio del derecho a la intimidad, como hemos indicado en el capítulo I, es relativamente disponible por su titular e indisponible por terceros, siempre que sea conforme a la ley, la moral y las buenas costumbres. Además, el consentimiento

para su disposición no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable[73].

Estas normas generales, protectoras de la intimidad y de la imagen, se aplican a los menores de edad. Pero como ya hemos señalado, la tutela legal que es adecuada para las personas adultas resulta insuficiente para la defensa del derecho a la intimidad del niño, por encontrarse en proceso de formación de su personalidad, situación que lo hace más vulnerable a la hora de superar posibles lesiones a sus derechos personalísimos. Por esa razón se consagra una protección reforzada sobre sus derechos, que trasciende la voluntad de sus representantes legales[74].

En el caso de un niño, en principio, conforme al artículo 26 del CCyC ya considerado, la disposición del derecho a la intimidad solo puede ser realizada por los representantes legales antes de haber cumplido la edad de 13 años, que es cuando la ley presume que alcanza el discernimiento para realizar actos lícitos (art. 261, CCyC). A su vez, teniendo en cuenta el sistema de autonomía progresiva instaurado por nuestro ordenamiento jurídico, en caso de que los progenitores dispongan de la intimidad de un hijo, éste previamente deberá ser oído y su opinión tenida en cuenta, dando por sentado que dicha decisión previamente debe respetar el interés superior del niño.

En cuanto a los menores que han cumplido los 13 años –adolescente en la terminología del CCyC–, considerando los artículos atinentes a la capacidad de ejercicio del menor de edad –especialmente los arts. 24, 25, 26– y los referidos a la responsabilidad parental –en particular, los arts. 638, 639 y 646–, no se aprecian diferencias respecto del niño que no alcanzó esa edad sobre el ejercicio de su derecho a la intimidad y a la imagen. Al respecto, existe certeza en que, según el artículo 646, inciso c), del CCyC, los padres tienen el deber de "respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos". Ahora bien, este artículo es poco preciso. Así, para Navarro Floria, el artículo 646 no aclara quién es el que participa en la toma de decisiones referidas a los derechos per-

73. Conf. CCyC, art. 55. Disposición de los derechos personalísimos.

74. Conf. Antón, Mariano E., *Derechos y responsabilidades en una comunicación con perspectiva en Derechos Humanos*, 1ª ed., Misiones, Ed. Universitaria, Universidad Nacional de Misiones, 2017, p. 54.

sonalísimos, si los progenitores o sus hijos. Para este autor, "lo que queda claro de la norma es que las decisiones en esta materia serán al menos compartidas entre los niños y sus progenitores. Hubiera sido más razonable reconocer a los padres el derecho de guiar al niño en el aprendizaje progresivo de su ejercicio, como resultaría del inciso d) del mismo artículo 646, pero dejando en claro quién tiene la última palabra"[75].

Por nuestra parte, entendemos que "participar" se aplica a los niños y es deber de los padres promover esa participación. Asimismo, pensamos que, si el niño alcanza el discernimiento para realizar actos lícitos a partir de los 13 años[76], y se le reconoce competencia para tomar decisiones por sí mismo respecto de tratamientos médicos "no invasivos", sería deseable que en una futura reforma del Código, se contemplara expresamente que, para tomar decisiones vinculadas con la intimidad y la imagen del adolescente, su consentimiento debe ir acompañado del de sus progenitores, mediante el instituto de la asistencia.

Por otra parte, es preciso advertir una posible situación de potencial daño a los derechos personalísimos del menor. Al respecto, como ya señalamos, el ejercicio de los derechos de los niños que no han cumplido los 13 años de edad se realiza por medio de sus representantes. Y esto está previsto por la ley en beneficio del menor representado. Pero podría suceder que la actuación de sus representantes atente contra el superior interés del menor, o frente a la lesión de sus derechos, los progenitores no hagan nada. En estos supuestos, nos preguntamos si el niño podría solicitar en forma directa el cese de la violación de su derecho cuando son los propios padres los que con su conducta consienten la vulneración de la intimidad del hijo; y quién podría requerirlo en pro del "superior interés del niño", cuando la propia acción del hijo o un tercero daña dicho derecho, y sus progenitores no actúan para restablecer la intimidad lesionada.

En doctrina se sostiene que en las situaciones reseñadas es posible que el menor actúe por sí mismo, o a través de un tutor designado a tal fin, o que en dichos supuestos actúen los organismos estatales de protección de la niñez, con carácter subsidiario, para suplir la inactividad de los progenitores, tutores o guardadores investidos

75. Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, ob. cit., p. 25.
76. Conforme al artículo 261, CCyC.

de representación[77]. En este ámbito, cabe citar al Ministerio Público, por las prerrogativas que el artículo 103 del CCyC le otorga para actuar de manera principal, cuando los derechos de los niños están comprometidos y sus representantes no actúan, y también cuando carecen de representación legal y es necesario proveer la representación.

En definitiva, pensamos que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, frente a un menoscabo de la privacidad del niño, realizada por un profesional de la información, y la inacción de sus progenitores o tutores, el Ministerio Fiscal podría actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física o jurídica, sea ésta pública o privada.

Por otra parte, si se trata de menores que carecen de representación o teniéndola están en situación de riesgo o abandono –casos de niños privados de forma temporal o permanente de su medio familiar o cuyo interés exigió que se lo saque de él–, el Estado está compelido a actuar, en cumplimiento del deber de otorgar su protección, disponiendo las medidas tutelares previstas en los artículos 33 –medidas de protección integral de derechos– y 39 –medidas excepcionales– de la Ley Nº 26.061.

Además, cabe precisar que el sistema tutelar estatal está previsto no sólo para ser activado cuando se viola el derecho de un niño, como sería el derecho a la intimidad, sino también ante la amenaza de su lesión[78]. En este sentido, en los casos en los que el derecho a la intimidad de los menores de edad está en conflicto con el ejercicio del derecho a la información de los periodistas, el derecho aplicable, que analizamos en este capítulo, permite solicitar acciones preventivas tendientes a evitar la difusión de noticias cuyo contenido pueda potencialmente lesionar la intimidad de un niño[79]. En definitiva, estos remedios procedentes, conforme al CCyC, permiten hacer

77. Conf. D'Antonio, Daniel Hugo, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 122; Camps, Carlos Enrique; Nolfi, Luis María, "El Ministerio Público y la protección de la intimidad de los menores en juicio", *LLBA*, 1999- I, p. 13; Nicolau, Noemí, "La aptitud de los adolescentes…", ob. cit., pp. 1151 y sigs.

78. Conf. Ley Nº 26.061, art. 33, párr. 1º.

79. Conf. Roca de Estrada, Patricia, "Derecho a la intimidad de niños, niñas, adolescentes, y medios de comunicación", en *RDP*, 2002-1. *Derecho Procesal de Familia-II*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 337 y sigs.

efectivo el principio que debe regir toda decisión que involucra a un menor de edad, que es el "interés superior del niño"[80].

V. Conclusiones

En el capítulo que finalizamos, hemos reseñado el proceso evolutivo que se produjo a lo largo de los últimos siglos sobre la concepción de la infancia, que llevó a la humanidad a reconocer que los menores de edad constituyen una categoría social diferenciada de los adultos, que requieren una protección especial.

A su vez, explicamos que la toma de conciencia de la peculiar vulnerabilidad de los niños y la obligación ineludible de los Estados de protegerlos adecuadamente en esta etapa diferenciada del crecimiento humano se plasmó en diversas declaraciones y tratados internacionales que culminaron con la CDN.

Abordamos el marco jurídico en el que se manifestó la especial protección de los niños en el ordenamiento jurídico argentino fundamentado en su situación de persona en desarrollo, y como tal, necesitada de una tutela reforzada por parte del Derecho. En este ámbito, exploramos el artículo 19 de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, la CDN, ambos tratados incorporados a nuestra Carta Magna en la reforma de 1994. Señalamos que ésta última, además de tutelar los derechos fundamentales de los niños, receptó los principios que debe respetar toda regulación referida a los menores de edad. Estos son: "de igualdad y no discriminación", "de autonomía progresiva" y "del interés superior del niño". Estudiamos también la Ley Nº 26.061 de "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", cuya finalidad es garantizar a los menores de edad el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos existentes en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales. Analizamos las normas del CCyC, referentes a la capacidad de ejercicio de los menores de edad, que acoge el sistema de autonomía progresiva. A continuación, identificamos la especial protección del derecho a la intimidad del niño en la CDN, en la Ley Nº 26.061 y en

80. En el mismo sentido, D'Antonio, Hugo D., "La protección de la intimidad de los menores de edad", ob. cit., p. 126; Benavente, María Isabel, "Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad de los niños", en *Convención sobre los Derechos del Niño*, Weimberg, Inés M. (Dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 264.

su Decreto Reglamentario Nº 415/2006, en la Ley Nº 20.056 sobre “Publicidad de hechos referidos a menores de edad” y, por último, en el CCyC. De este estudio, pudimos inferir que, en cuanto a la disponibilidad relativa del derecho a la intimidad, los padres, por ser los representantes legales de los menores de 13 años, pueden decidir permitir cierta incursión en la vida privada de ellos, que incluya la de sus hijos menores de edad. En cuanto a los menores que han cumplido los 13 años –adolescente en la terminología del CCyC–, considerando los artículos atinentes a la capacidad de ejercicio del menor de edad –especialmente los arts. 24, 25, 26– y los referidos a la responsabilidad parental –en particular, los arts. 638, 639 y 646–, no se aprecian diferencias respecto del niño que no alcanzó esa edad sobre el ejercicio de su derecho a la intimidad y a la imagen. Al respecto, existe certeza en que, según el artículo 646, inciso c), del CCyC, los padres tienen el deber de “respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”. Entendemos que quienes “participan” son los niños y es deber de los padres promover esa participación. Asimismo, pensamos que si el niño alcanza el discernimiento para realizar actos lícitos a partir de los 13 años, y se le reconoce competencia para tomar decisiones por sí mismo respecto de tratamientos médicos “no invasivos”, sería deseable que, en una futura reforma del Código, se contemplara expresamente que, para tomar decisiones vinculadas con la intimidad y la imagen del adolescente, su consentimiento fuera acompañado del de sus progenitores, mediante el instituto de la asistencia.

Y siempre, para que sea lícita la disposición de la privacidad del menor, debe respetar su dignidad y el principio del interés superior del niño.

En los casos en que los propios padres obren menoscabando el derecho de sus hijos, o no actuaran frente a su quebranto por parte de terceros, el Ministerio Público debería, en cumplimiento de las funciones a él encomendadas, accionar de manera preventiva para evitar el daño, o posteriormente, pidiendo el cese de la conducta lesiva del derecho a la intimidad del o de los niños involucrados.

Como colofón, podemos afirmar que el sistema jurídico argentino, mediante normas constitucionales y legales, entre las que destacamos la CADH, la CDN, la Ley Nº 26.061 y el CCyC, constituye un marco de protección satisfactorio de los derechos de los niños en general, y del derecho a la intimidad y a la imagen de los menores

en particular. Y destacamos, por su importancia práctica, el principio rector configurado por el "superior interés del niño", como pauta hermenéutica esencial para dirimir los conflictos que puedan suscitarse en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho a la información por parte de los periodistas. Y con relación a los posibles conflictos normativos, señalamos la trascendental pauta interpretativa contenida en el artículo 41 de la CDN, que establece que nada de lo dispuesto en ella afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el Derecho de un Estado parte o en el Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Capítulo IV

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO EN CONFLICTO CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

I. Introducción

En el capítulo anterior abordamos el régimen jurídico del menor de edad, y observamos que los niños reciben una tutela reforzada, y derechos específicos que se les reconocen por tratarse de personas "en desarrollo". Afirmamos, luego de analizarlo, que constituye un marco de protección satisfactorio de los derechos de los niños en general, y del derecho a la intimidad y a la imagen de los menores en particular. Y destacamos dos principios hermenéuticos de gran importancia práctica para resolver conflictos.

En este capítulo, examinaremos las sentencias de la CSJN que resolvieron conflictos entre el derecho a la intimidad de menores de edad y el ejercicio del derecho a la información por parte de periodistas, para extraer la doctrina y los estándares empleados.

Como ya hemos resaltado en la introducción de esta investigación, la manera genérica de describir las conductas por parte de las normas legales hace que cobren mayor relevancia los fallos jurisprudenciales que resuelven los conflictos que llegan a la instancia judicial. Ciertamente, las sentencias de los tribunales significan un valioso complemento de las leyes referenciadas.

Al finalizar este apartado, estaremos en condiciones de señalar de qué modo se manifiesta en los casos concretos de conflicto, la tutela reforzada del derecho a la intimidad de los niños frente al ejercicio del derecho a la información.

Los casos que exploraremos son los que a continuación indicamos: "Maradona", que trata sobre la publicación de un juicio de filiación, en el que el presunto padre era una figura pública; "R., S. J.", se refiere a la difusión de un juicio penal con sentencia condenatoria por el delito de violación a una menor de edad; "P., I. G.", es una causa en la que el menor era ajeno al hecho noticioso, que sí era de interés público; "Keylian", se publica información sobre un menor que era hijo del supuesto autor del homicidio preterintencional de su mujer y madre del niño; y en "S., L. E." se difundieron las actuaciones judiciales realizadas para proteger a una niña cuya vida era denigrante e indecorosa.

II. Análisis de los fallos relevantes de la CSJN

II.1. "S., V. c/ Maradona, D. A. s/ medidas precautorias" (3-IV-2001)[1]

Hechos: La actora en un juicio de filiación promovido contra Diego A. Maradona solicitó y obtuvo de la jueza de primera instancia la decisión de hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir, medios de prensa en general, que se abstuvieran de difundir cualquier noticia y/o dato referido a la menor involucrada en el pleito, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. La agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN) apeló la medida que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiera darse de la sentencia definitiva, con las restricciones establecidas en el artículo 164 del Código Procesal, con relación al nombre de las partes o de terceros afectados. La agencia DYN interpuso recurso extraordinario que le fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría de votos, revocó el fallo. Coincidiendo con el decisorio en lo fundamental, determinó que se vuelva a dictar sentencia, mo-

1. CSJN, *Fallos*: 324:975. El voto de mayoría fue firmado por los jueces Nazareno, Bossert, Moliné O'Connor; López según su voto, Boggiano y Vázquez, según su voto, y Fayt, según su voto. Los magistrados Belluscio y Petracchi votaron en disidencia.

dificando la extensión de la prohibición, ciñéndola a los datos que pudieran servir para identificar a la menor.

Análisis del Fallo de la CSJN

Los fundamentos de la sentencia recurrida son los siguientes:

1. Los aspectos de la personalidad comprendidos en la esfera secreta de los individuos no mudan su naturaleza cuando constituyen la base de un proceso judicial. De lo contrario, "provocaría inevitablemente que los habitantes de la República autolimitacen su derecho a acceder a la justicia";
2. La reserva en el trámite de ciertos expedientes en los que tratan aspectos íntimos de las personas se encuentra prevista en los artículos 63 a 66 del Reglamento para la Justicia Nacional, en la Acordada Nº 2 de 1981 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y en la Ley Nº 20.056;
3. La intimidad de los niños y la atención primordial de su interés superior se encuentran contempladas en los artículos 3º y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño;
4. Cuando están en conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquellos, por tratarse de personas que están en plena formación que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad y merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces;
5. Esta protección preventiva de la intimidad se encuentra prevista también en otros ordenamientos positivos como el español y el francés. (Conf. Voto de Nazareno y Bossert, cons. 2).

Los agravios del recurrente se centran en sostener que:

a) La sentencia de cámara contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, prevista en el artículo 14 de la Constitución Nacional;
b) Resulta inaplicable la Ley Nº 20.056;

c) El fallo omite toda referencia al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
d) Existe un apartamiento de la jurisprudencia de la CSJN en la materia. (Conf. Voto de Nazareno y Bossert, cons. 3).

Según el Alto Tribunal, “la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de censura previa contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) –que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994– constituye un principio de alcances absolutos, o si por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida también en preceptos de igual jerarquía, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país por la Ley Nº 23.849”. (Voto de Moliné O’Connor y López, cons. 5).

Por lo tanto, es preciso examinar judicialmente si en el presente caso concurren los antecedentes de hecho que justifican ubicar la pretensión de la recurrente fuera del ámbito en el que el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción.

“Cuando se invoquen situaciones que puedan transponer esa frontera el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad o, como en el presente, si enfrentada circunstancialmente con el ejercicio de otro derecho de jerarquía constitucional –la intimidad de un menor– al que se le otorgó el beneficio de una tutela preventiva judicial, [...] esa protección cautelar puede considerarse alcanzada por la prohibición de censura consagrada en la Ley Fundamental”. (Voto de Moliné O’Connor y López, cons. 11).

El Tribunal supremo reconoce la importancia de la libertad de expresión en un sistema democrático y su preeminencia entre las libertades consagradas por nuestra Constitución. A su vez, recuerda los principios hermenéuticos a tener en cuenta para encontrar una solución justa al caso a resolver.

Sobre estas bases, la CSJN pasa a considerar las normas pertinentes para la solución de la cuestión planteada.

Dice, al respecto, que el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica –invocado por el recurrente– dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
   a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
   b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 8).

Por otra parte, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Y a su vez, el artículo 3º de esta Convención dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 14.1: "[...] toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores". (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 9).

"Dicho régimen normativo establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos del menor, entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el artículo 19 de la Constitución Nacional (*Fallos*: 306:1892) y también protegido, en términos amplios, en el artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 10).

Una vez analizado el caso a la luz de la normativa aplicable, la Corte resuelve lo siguiente:

1. La protección judicial del interés del menor debe ceñirse a lo estrictamente necesario para evitar restringir injustificadamente la libertad de prensa

En la "tarea de armonización de las garantías constitucionales cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa, ya que como esta Corte ha señalado, el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente

por ley y su interpretación deba ser restrictiva (*Fallos*: 316:1623)”. (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 13).

2. La publicación del nombre de la menor involucrada en un juicio civil en trámite constituiría una indebida intromisión en su esfera de intimidad

“La publicación en los medios masivos de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite –cuya exhibición se encuentra reservada a las partes y directamente interesados (conf. art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional)– reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña. Ello, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente, agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores”. (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 14).

3. La prohibición de propalar cualquier noticia vinculada a la filiación excede la tutela que requiere la intimidad de la menor

“El Tribunal advierte que la prohibición de propalar ‘cualquier noticia vinculada a la filiación de autos’ excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación”. (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 15).

La doctrina emanada de la Corte es la que a continuación transcribimos:

1. La finalidad por la que se instituyen las garantías constitucionales es el marco dentro del cual deben desenvolverse

En ese sentido dice: “[…] constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las

cuestiones que suceden en la República en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido". (Voto de Moliné O'Connor y López, cons. 7).

2. Los derechos reconocidos en la Constitución deben ser interpretados armónicamente

"Los derechos reconocidos en la Constitución –y, por ende, en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna– deben ser interpretados armónicamente para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales". (Voto de Nazareno y Bossert, cons. 11).

3. No todo lo que se difunde por los medios de comunicación goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa. Sólo disfrutan de él la información y las ideas

"Los medios de comunicación son [...] el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional –libre expresión de ideas– o por el pacto mencionado [Pacto San José de Costa Rica] –búsqueda, recepción y difusión de ideas e información. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos, o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas [*Fallos*: 315:1943, cons. 9]". (Voto de Moliné O'Connor y López, cons. 9).

4. Toda censura previa padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad

"Habida cuenta de la estrecha relación existente entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión desde que aquellos constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por esa libertad y que ordenan primordialmente a ese fin su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad [*Fallos*: 315:1943, cons. 10]". (Voto de Moliné O'Connor y López, cons. 9).

5. La censura judicial no es equiparable a la censura administrativa o legislativa

"Cabe tener presente la doctrina de *Fallos*: 315:1943, en la que se expresó que aun considerando los riesgos que puede traer aparejado establecer *ex ante* la existencia de un abuso de la libertad de expresión, la señalada censura judicial no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, a la que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. La intervención preventiva de los jueces –que impropiamente podría denominarse censura– supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados. Allí se expresa: 'No es la oportunidad o conveniencia política lo que guía la conducta del juez, sino la justicia del caso que llega a sus estrados, por lo que los recelos que despertó en los convencionales bonaerenses las intenciones del titular del Poder Ejecutivo no tienen justificación plena en estos supuestos' [conf. cons. 9 del voto del juez Boggiano]". (Voto de Boggiano y Vázquez, cons. 10).

6. La interdicción constitucional de la censura previa no puede convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable

"En el precedente citado también se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial, sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agraviante de la noticia –incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso– y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión: máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Tal como se señaló en el precedente citado: 'La interdicción de la censura previa, en la Constitución Na-

cional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable'". (Voto de Boggiano y Vázquez, cons. 11).

Resultan de gran interés para los juristas las pautas hermenéuticas recordadas por el Alto Tribunal en orden a dar un acertado significado a la normativa vigente, evitando el excesivo apego a la letra de las leyes, que, en ocasiones como la presente, podrían traicionar el espíritu con el que se promulgaron y llevar a los jueces a plasmar decisiones injustas.

Más allá de la particular protección que se le brinda a la libertad de prensa por su gravitación institucional, advertimos en la actualidad una diferencia con los restantes derechos y garantías constitucionales. "Se observa en los últimos años una manifiesta pretensión de extender la tutela que se le dispensa a casi todos los actos que se llevan a cabo a través de los medios de comunicación, en tanto que el objeto de los otros derechos ha permanecido inalterable a través del tiempo"[2]. Precisamente por esa razón, resulta oportuno que la Corte haya señalado como herramienta hermenéutica la finalidad tenida por los constituyentes de 1853-60, al establecer en el artículo 14 de nuestra Constitución el derecho a la libertad de prensa sin censura previa. Con este marco interpretativo, podemos afirmar que la publicación de los datos referidos a una menor de edad supuesta hija de un deportista célebre, cuando no se ha comprobado aún la paternidad en un juicio de filiación en curso, constituye una intromisión arbitraria en su intimidad y una injerencia abusiva, capaz de generar responsabilidades ulteriores[3].

Se ha criticado el fallo de mayoría considerando acertado el criterio de la disidencia, con el argumento de que en el voto de mayoría existe una grave falencia, que la descalifica, con el fundamento en que los jueces no pueden citar a favor de su criterio ninguna norma de la Constitución Nacional o de un Tratado de Derechos Humanos que autorice la censura previa, que está expresamente prohibida por las normas superiores del ordenamiento nacional y supranacional[4]. Por el contrario, pensamos que fue pertinente que el Alto Tribunal

2. Budano Roig, Antonio R., "La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor", cit., *ED*, 177-181.

3. Conf. Basterra, Marcela, ob. cit., p. 335.

4. Conf. Ventura, Adrián, *Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte*. *Colección de análisis jurisprudencial de Derecho Constitucional*, Sabsay, Daniel (Dir.), Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 413.

afirmara la necesidad de buscar en las normas un sentido que armonice los derechos en pugna, rechazando una interpretación rígida respecto de la prohibición de la censura previa y las responsabilidades ulteriores prescriptas por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. En definitiva, la interdicción constitucional de la censura previa no puede convertir al juez en simple observador de un daño seguro e irremediable a otro derecho, la intimidad, también de raigambre constitucional.

Como vimos en el capítulo I, es abundante la doctrina que considera que en temas en los que están involucrados derechos personalísimos como el honor o la intimidad es más importante evitar que reparar el daño. El fundamento de esta postura radica en la evidencia de que en los derechos de la personalidad la reparación pecuniaria es inadecuada e insuficiente como mecanismo de recomposición de la situación.

El eminente constitucionalista, Bidart Campos, comentando un fallo de la CNCiv., sala H, junio 18-1991, en la causa "R. B., M. H. c/ S., D.", semejante a la que estamos analizando, señaló: "¿Podría afirmarse que la prohibición judicial pendiente en el proceso implicó la censura previa que fulmina la Constitución? Los defensores extremos de la libertad de expresión y de prensa a lo mejor dicen que sí. Para nosotros, en cambio, es una razonable medida precautoria que sustrae al circuito informativo el problema pendiente de proceso y de decisión judiciales, al modo como en el proceso penal el secreto de sumario puede producir el mismo efecto. El juez tiene imperio sobrado para ordenar a las partes en juicio que guarden silencio y reserva, y aventurar que tal medida tiene el alcance de la censura prohibida constitucionalmente, o de una violación a la libertad de expresión, de prensa y de información, es una exageración y un disfraz muy poco serio"[5]. En el mismo sentido, Budano Roig, al comentar el acierto del fallo de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa que estamos estudiando, afirmó: "No hay suma de dinero que compense el deshonor sufrido, el desasosiego provocado por la difusión del secreto íntimamente guardado, el convertirse en objeto de la curiosidad o hasta de la maledicencia públicas, el motivo de vergüenza sigilosamente reservado transformado en hecho notorio, el aspecto personal y propio, solamente de

5. Bidart Campos, Germán J., "Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna: nada de *vedettismo* informativo", *ED*, 145-415.

uno mismo que se mantiene en reserva, sometido al juicio de desconocidos. Como el cristal roto, la intimidad violada es irreparable". Por esa razón enfatiza la importancia de la función preventiva que corresponde a los magistrados cuando el objeto de la tutela son los derechos personalísimos de los menores. En este sentido, y cuando se trata de elegir entre la prevención y la reparación, no puede caber duda: debe prevalecer la primera, que es la que evita el daño[6].

En el caso "Maradona", como afirma la sentencia, la potencialidad agraviante de la información era clara y manifiesta; no había dudas acerca de la ilicitud de quien intentaba informar sobre una menor involucrada en un juicio civil en trámite. Y la medida cautelar se presentaba como la única vía para evitar el daño seguro. En este sentido, el decisorio de la Corte Suprema tiene gran trascendencia debido a que siete miembros (Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Boggiano, López, Bossert y Vázquez) consideraron que la prohibición de publicar noticias que pudieran permitir la identificación de una menor en juicio, violando así su derecho a la intimidad, no constituye la censura previa proscripta en nuestra Constitución Nacional para el ejercicio de la libertad de prensa. Por el contrario, Belluscio y Petracchi, mediante una interpretación rígida y apegada a la letra de la normativa, consideraron que la medida cautelar era contraria al artículo 14 de la Constitución Nacional y al artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Estos dos jueces no tuvieron en cuenta que, tratándose de niños, entra en juego la CDN que, en su Preámbulo, afirma que el niño, "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales". Así lo recordó Fayt en su voto, señalando que el adulto cuenta con mayores herramientas que un menor de edad para sobreponerse a la afectación a su intimidad, lo que obliga "a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de las reparaciones ulteriores" (cons. 17). En ese sentido fue contundente: "Proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo. De modo tal, las reparaciones ulteriores que como principio proceden ante el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediablemente antifuncionales" (cons. 18).

A su vez, la CSJN, para salvaguardar el legítimo ejercicio del derecho a informar, determinó que la prohibición de propalar cual-

6. Budano Roig, Antonio R., ob. cit., p. 184.

quier noticia vinculada a la filiación excedía la tutela requerida por la intimidad de la menor, y limitó su extensión a aquellos datos que pudieran conducir a su identificación, logrando armonizar, en el caso concreto, el ejercicio de ambos derechos. El criterio del Máximo Tribunal reafirma acertadamente el principio de que el ejercicio de los derechos propios debe hacerse respetando el de los demás, y con mayor diligencia si el otro es un niño[7].

Finalmente, cabe hacer notar la prudente decisión de la CSJN que no aplicó la Jurisprudencia de la Corte IDH, que ha dicho en reiteradas oportunidades que la censura judicial previa sólo es viable para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia en los términos del artículo 13, inc. 4, es decir, a fin de regular el acceso de los menores de edad a los espectáculos públicos. Esta hermenéutica del artículo 13 cierra las puertas a toda armonización de dicho Pacto con los otros Tratados, que sí permiten la censura judicial, entre otros, además de la CDN, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14[8]. Por esa razón, Sagüés augura que la Corte IDH, en próximos pronunciamientos, sea más cauta y manifieste que la censura judicial previa es aplicable en los supuestos alcanzados por el artículo 13, inc. 4, y respecto de otras restricciones a la publicidad previstas en el mismo Pacto[9], o en otras Convenciones similares de Derechos Humanos[10]. Así, con una afirmación

7. Conf. Bedrossian, Gabriel, "La libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho a la intimidad de los menores", *LL*, 2001-F-232.

8. El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

9. Por ejemplo, dentro del título "Garantías Judiciales", el art. 8-5 del Pacto prevé: "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

10. Conf. Sagüés, Néstor P., "Censura judicial…", ob. cit., pp. 974-975.

más amplia, y. por lo tanto, menos restrictiva, daría la posibilidad a los operadores jurídicos de compatibilizar con el Pacto las normas contrarias a él de los Documentos que sí permiten la censura judicial, y llegar, mediante una prudente interpretación de los mismos, a la solución justa de los casos concretos.

II.2. "R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra" (14-X-2003)[11]

Hechos: El diario *Clarín* publicó, el 27 de marzo de 1997, una nota en la cual se dieron datos y se relataron detalles de las circunstancias que rodearon el ataque sexual, perpetrado tres años antes, contra R., S. J. –de 17 años de edad– por tres hombres que se ofrecieron a llevarla en automóvil hasta su casa, en horas de la madrugada. También se describió el modo en que uno de los autores del delito fue reconocido por la víctima durante su viaje de egresados a Bariloche, hecho que posibilitó su captura y el dictado de la sentencia condenatoria por parte del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal. Los pormenores suministrados por la publicación –el nombre poco común de la menor, la esquina donde esperaba el transporte para ir a su domicilio, el nombre y apellido del tío materno que la acogió cuando fue abandonada por sus captores después de haber sido violada– posibilitaron la identificación de la víctima.

R., S. J., a través de su representante legal, demandó por daños y perjuicios a Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y a Ernestina Laura Herrera de Noble en su calidad de Directora del diario *Clarín*.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 6, en su sentencia, rechazó la demanda, en base a argumentos inconsistentes: que los contenidos de la publicación no eran suficientes para identificar a la menor, y que la falta de discreción de la menor, que comentó el hecho con sus familiares y amigos, manifestaba, de alguna manera, su aquiescencia para la libre divulgación del suceso. Apelada la sentencia, la Sala "K", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la revocó e hizo lugar a la demanda proponiendo una suma resarcitoria, prácticamente simbólica, de $ 15.000 en ma-

11. CSJN, *Fallos*: 326:4165.

teria de daño moral[12]. La perdidosa interpuso recurso extraordinario, que denegado motivó la presentación directa ante la Corte Suprema. El Alto Tribunal hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario deducidos por la demandada, dejó sin efecto la sentencia recurrida, y devolvió los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara nuevo fallo con arreglo a lo resuelto por él. Finalmente, la Sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un nuevo pronunciamiento, el 27 de abril de 2004, condenó a la demandada a resarcir los daños producidos por la intromisión arbitraria en la intimidad de la actora. Este fallo quedó firme el 23 de diciembre de 2004, porque la CSJN rechazó el recurso de queja interpuesto por Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., contra la resolución que denegó el recurso extraordinario federal, mediante la invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[13].

Análisis del Fallo de la CSJN[14]

Los agravios significativos de la recurrente son los que a continuación consignamos:

1. En el juicio se probó que el tribunal penal entregó copias de la sentencia al diario *Clarín*, sin retaceo de la información, y argumentó que no existen reglas legales directas que impongan a los medios de prensa el deber de abstención que en el caso se

12. En el comentario del fallo, Pizarro analiza el voto de la Dra. Teresa Estévez Brasa, que además de fundamentar su voto de forma prolija, determinó una indemnización de $100.000. A su vez, critica el voto de los otros camaristas que conformaron la mayoría –Dres. Carlos Roberto Degiorgis y Julio Moreno Huello–, que, por un lado, adhirieron a los fundamentos del voto de la magistrada, y por el otro, redujeron, sin dar motivos, el monto resarcitorio a $15.000, lo que tornó arbitraria la decisión. Conf. Pizarro, Ramón D., "Acerca de la responsabilidad de los medios de prensa, el derecho a la intimidad y la indemnización del daño moral", *JA*, 11-4-2001, p. 34.

13. CSJN, "R. S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra", 23-XII-2004, en https://ar.vlex.com/vid/-40216321 (Consultado el 8-11-2017).

14. El voto de mayoría fue firmado por los jueces Fayt (según su voto), Belluscio, Petracchi, Boggiano y Maqueda; Vázquez votó en disidencia.

impuso a *Clarín*, porque en las copias de la sentencia figuraban los datos que la actora cuestionó que se publicaran.

2. La sentencia agravió a la libertad de prensa por haber adherido tácitamente a la tesis de que existe una escala jerárquica de derechos, en cuya cúspide coloca el correspondiente a la dignidad humana y sus derivados, y que, según esta concepción, tales derechos no pueden ceder ante el de libertad de prensa. Continuó señalando que con ello la Cámara hizo la apreciación arbitraria de que el derecho de prensa y el de la intimidad pueden ser contrastados como derechos individuales, cuando una cosa es lo que dice el artículo 14 de la Constitución Nacional, y otra la que resulta del artículo 32, que institucionaliza a la libertad de prensa como pilar del régimen republicano.
3. La sentencia incurrió en arbitrariedad porque:
   a) Sustentó la decisión en afirmaciones dogmáticas, sin respaldo probatorio de que los datos que publicó *Clarín* permitieran la identificación de la persona.
   b) Desestimó el reclamo de la aplicación de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso "Pérez Arriaga".
   c) Omitió tratar la excepción de falta de acción opuesta por la demandada Ernestina Herrera de Noble.
   d) Responsabilizó al diario *Clarín* y a su Directora sin indicar cuál fue el factor de atribución que se aplicó para condenarlos, desde que la sentencia no imputó dolo ni negligencia al diario y nada dijo respecto de la Directora y su hipotética responsabilidad.

El voto de mayoría de la CSJN (Fayt –según su voto–, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Maqueda) compartió los argumentos y conclusiones del Dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Eduardo Becerra, del 31 de octubre de 2001, al cual remitió por razones de brevedad.

En este sentido, el Procurador General afirma en su Dictamen que la sentencia recurrida no ha sido debidamente fundamentada, situación que cobra mayor gravedad por estar en litigio un derecho tan esencial como la libertad de expresión. Por esa razón, da por probados los agravios del diario *Clarín*, en el sentido de que:

1. Hubo una valoración dogmática de algunos testimonios como corroborantes de la postura de la actora.
2. No se consideró la doctrina de la Corte en "Pérez Arriaga c/ Arte Gráfico Editorial Argentino" y "Pérez Arriaga c/ Diario La Prensa" con el sólo argumento de que registraba tres votos en disidencia y el planteamiento era opinable.
3. Se omitió el tratamiento del factor de imputabilidad.

Basándose en estos argumentos, la CSJN revocó el fallo en recurso.

Por su parte, el juez Vázquez votó en disidencia. Nos detendremos a considerar los fundamentos de su discrepancia porque nos parece que sus valiosos argumentos pueden ser de utilidad para zanjar futuros conflictos similares.

El juez Vázquez aborda el agravio de la demandada que cuestiona el alcance asignado a la doctrina sentada por este Tribunal en las causas "Pérez Arriaga c/ Arte Gráfico Editorial Argentina S.A." y "Pérez Arriaga c/ Diario La Prensa" (*Fallos*: 316:1623).

Luego de hacer una síntesis de la doctrina de Pérez Arriaga, afirma que, lejos de configurarse los presupuestos aludidos en el caso citado, en el *sub lite* el *a quo* no ha admitido en forma dogmática la concurrencia de un factor subjetivo de imputación ni se han impuesto al accionar del medio periodístico limitaciones sin basamento legal. Y lo fundamenta en que:

"a) La alzada afirmó –sin que exista crítica concreta de los demandados sobre este punto– que el diario no sólo había prescindido de la negativa de la representante legal de la actora a conceder entrevistas, sino que también había hecho caso omiso de la advertencia formulada por una funcionaria del tribunal oral, referente a que debía abstenerse de dar a conocer los datos filiatorios de la víctima por tratarse de una menor de edad, circunstancia que denota el carácter arbitrario de la intromisión y excluye la concurrencia de la causal de justificación alegada –legítimo ejercicio del derecho de informar–, lo que trae aparejada la responsabilidad del medio por haberse entrometido arbitrariamente en la intimidad de la demandante (art. 1071 bis del Código Civil). (Cons. 11).

b) El requerimiento de la citada funcionaria judicial de no suministrar datos que permitieran identificar a la demandante, se

> ajustaba al marco normativo de la Ley Nº 20.056, que prohíbe en todo el territorio de la República la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años –la actora tenía 17 años al tiempo de ser violada– incursos en hechos que la ley califica como delitos o contravenciones, o que sean víctimas de ellos o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que puedan ser identificados (art. 1º, primer párrafo); prohibición que sólo puede ser dispensada por el órgano judicial competente (art. cit., segundo párrafo) que, en el caso, lejos de autorizar la información, intervino expresamente para garantizar la intimidad de la víctima". (Cons. 12).

Por lo dicho, el Magistrado sostiene que el juicio de reproche hecho al órgano de prensa por el tribunal es ajeno a la responsabilidad objetiva, "toda vez que se hizo hincapié en el deber de prudencia que debe pesar sobre los medios periodísticos, a fin de evitar cualquier menoscabo de derechos de terceros. Por lo demás, aun cuando por hipótesis se entendiera que el medio obró en la convicción de que debía evitar difundir la identidad de la víctima –en cuya inteligencia habría omitido mencionar explícitamente sus datos obrantes en la sentencia penal–, la deficiente técnica aplicada a la redacción de la crónica periodística permitió –en la valoración del tribunal– revelar la identidad de la menor por el suministro de datos secundarios relativos a su personalidad, lo que revelaría una notoria negligencia en la transmisión de noticias de interés general, en la que no incurrieron los restantes medios que asumieron la cobertura periodística del mismo hecho" (cons. 13).

Respecto de la pretendida preeminencia del derecho a informar con relación al derecho a la intimidad, dice que "debe ponerse de manifiesto que el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones, o la difusión de noticias de interés público, no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (conf. *Fallos*: 324:2895)".

Con relación al régimen normativo de la tutela del derecho a la privacidad en el caso de menores de edad señala y explicita el artículo 16 de la Convención sobre Derechos del Niño, y la previsión de una específica tutela para la publicidad de las decisiones judiciales

que los involucran en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: "[...] toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores" (cons. 16).

El juez Vázquez, en contra de lo afirmado por los agraviados, sostiene que "compete a los jueces que dictan las sentencias la responsabilidad de evaluar (conforme a las normas procesales y reglamentarias vigentes) si la difusión periodística de sus términos puede lesionar el decoro o la intimidad de terceros. Dicho examen –y consiguiente responsabilidad– también le corresponde a aquellos que propalan la noticia pertinente, pues la exigencia de una práctica periodística prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos no puede calificarse como una obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre; lo contrario sólo traduce un distorsionado enfoque del ejercicio de la importante función que compete a los medios de comunicación social, tal cual deben desarrollarse en la sociedad contemporánea (conf. doctrina de *Fallos*: 324:2895), e importaría prescindir en esta materia del principio general que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero –*alterum non laedere*– que también reconoce raíz constitucional (conf. art. 19 de la Ley Fundamental; *Fallos*: 308:789 –cons. 9–, 1118 –cons. 14–, 1160 –cons. 7–; 321:2637 –cons. 20–)" (cons. 21).

Además, el Magistrado del Alto tribunal considera que "esta conclusión no trae aparejada una restricción indebida a la publicidad de los actos de gobierno –inherente a la esencia del sistema republicano– pues no se encuentra enderezada al ocultamiento de la actividad jurisdiccional, sustrayéndola por esa vía del escrutinio de la opinión pública, sino a la protección de la esfera de privacidad de quienes fueron víctimas del delito –particularmente los lesivos de la honestidad–, máxime cuando el sujeto involucrado carece de notoriedad y no media un interés superior en su difusión pública. En tales condiciones, tratándose de datos superfluos o irrelevantes para la formación de la opinión pública en orden al contralor del servicio de justicia, su inclusión –explícita o encubierta– en la crónica periodística aparece como un acto imprudente, desaprensivo y violatorio del principio constitucional citado en el considerando precedente (conf. doctrina de *Fallos*: 321:2637, considerandos 19 y 20)" (cons. 22).

Por lo expresado, confirma la sentencia en lo principal y la descalifica en cuanto al monto en que fijó la indemnización. (Conf. cons. 29).

La doctrina que emana del voto del juez Vázquez es la siguiente:

1. No existe preeminencia del derecho a informar por sobre el derecho a la intimidad

Resulta simplista "pensar que toda vez que se busca tutelar estos derechos en personas aludidas por algún medio de comunicación quedaría automáticamente comprometida la garantía de la libertad de prensa y de expresión: esta postura importa un unilateralismo que desmerece la libertad que supuestamente se busca amparar (*Fallos*: 321:885)" (cons. 14).

2. Las responsabilidades ulteriores de los medios de prensa se rigen por el régimen general vigente en nuestra ley común

"Las responsabilidades ulteriores –necesarias para asegurar la integridad de los derechos personalísimos comprometidos– se hacen efectivas mediante el régimen general vigente en nuestra ley común, que tiene su fuente sea en la comisión de un delito penal o de un acto ilícito civil (art. 114 del Código Penal; arts. 1071 bis, 1072, 1089 y 1109 del Código Civil; conf. *Fallos*: 321:667, 2637, 3170)" (cons. 10).

3. Para calificar de ilícita la injerencia en la vida privada, se exige arbitrariedad o abuso del derecho sin importar la veracidad de los hechos divulgados

"En particular referencia a los daños a la intimidad, las convenciones citadas en el considerando 15 exigen la arbitrariedad o el abuso de derecho para calificar la ilicitud del ataque o injerencia a la vida privada. Este principio también ha sido consagrado en el artículo 1071 bis del Código Civil, que convierte en norma legislativa la tutela de este derecho fundamental del hombre y, en lo que interesa, define la conducta ilícita en estos términos: 'El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad [...]'. No obsta la atribución de responsabilidad por esta intromisión el carácter veraz de los datos revelados al público pues, cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no

resulta legitimadora, ya que la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la víctima, veraces o no (conf. *Fallos*: 324:2895, cons. 4)". (Conf. cons. 19).

4. No es doctrina del Tribunal la opinión sentada en "Pérez Arriaga", que postula que los medios periodísticos se eximen de responsabilidad cuando difunden sentencias judiciales cuyos datos no han sido restringidos por el órgano judicial de donde emanan

El Dr. Vázquez señala que las opiniones vertidas por los jueces Boggiano y Petracchi en su voto en la causa "Pérez Arriaga"[15] (citado en su dictamen por el señor Procurador General), si bien contribuyeron a formar la mayoría en ese precedente, no constituyen doctrina del Tribunal, especialmente en cuanto se propicia la exoneración de responsabilidad de los medios periodísticos por la difusión de sentencias judiciales cuyos datos no hubiesen sido objeto de restricción por parte del órgano judicial de donde emanan. Según esta tesitura, si no se acredita que ese tribunal ejerció la facultad de limitar la publicidad íntegra del fallo, debe regir el principio que impone la libre difusión de las decisiones judiciales (considerandos 8° y 9°). (Conf. cons. 20).

La valoración que hacemos del voto de mayoría que acoge los fundamentos del Dictamen del Procurador General es negativa porque no evaluó las diferencias sustanciales que existen entre "Pérez Arriaga", donde está en juego la intimidad de un adulto, y "R., S. J.", que trata de la privacidad de una menor de edad[16]. En este caso, las normas específicas y de tutela reforzada aplicables impiden la asimilación al primero, por lo que su análisis a la luz de "Pérez Arriaga" no resultaba conducente para la solución de la causa. Por otro lado, es importante aclarar que cuando la CSJN afirma que el fallo recurrido cometió el desacierto de no considerar la doctrina de la Corte en "Pérez Arriaga c/ Arte Gráfico Editorial Argentino" y "Pérez Arriaga c/ Diario La Prensa", con el sólo argumento de que registraba tres votos en disidencia y el planteamiento era opinable,

15. CSJN, *Fallos*: 316:1632.

16. En sentido contrario, Ancarola opina que cuando la información difundida tiene como fuente sentencias judiciales, son las autoridades competentes quienes deben mantener en reserva los nombres o situaciones que surgen del proceso. Si no lo hacen, no se puede pedir que lo hagan los periodistas porque no es su misión específica. Conf. Ancarola, Gerardo, "Tres pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo tema: la libertad de prensa", *LL*, 2004-A-385.

no significa que el Alto Tribunal reafirmó dicho estándar como se ha dicho[17]. Simplemente afirmó que, siendo alegado por la recurrente, la Cámara debería haber evaluado si era aplicable al caso.

En cuanto al voto de Vázquez, nos parece correcto, ya que sostiene que el pedido de la funcionaria judicial a los periodistas de no difundir los datos personales de la víctima por tratarse de una menor de edad se ajustaba al marco normativo de la Ley Nº 20.056, que prohíbe la difusión de sucesos referidos a menores de 18 años que han cometido delitos o han sido víctimas de ellos. Además, acierta al afirmar que, por tratarse de la lesión a la intimidad de un niño, son aplicables la CDN y otros tratados concordantes referidos a la tutela de la intimidad de los menores. En definitiva, aunque el medio de prensa podía ejercer su derecho a informar y publicar la condena penal que recayó sobre el violador, debió abstenerse de difundir, en el contenido de la crónica efectuada, la información que permitía la identificación de la víctima.

La postura del juez Vázquez, aunque no lo menciona, sigue lo dispuesto por el Alto Tribunal en el caso "Maradona" –cuyo voto de mayoría formó–, analizado en las páginas anteriores, que determinó que la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de una menor representaba una indebida intromisión en su esfera de intimidad, susceptible de causar un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la menor.

Como ya señalamos, nos parece interesante rescatar el voto en disidencia del Dr. Vázquez, por los valiosos argumentos jurídicos esgrimidos que pueden dar elementos de juicio para la solución de futuros conflictos en los que se presenten situaciones análogas, y en los que se invoquen alegatos similares a los presentados por la demandada[18].

II.3. "P., I. G. y otros c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A." (17-XI-2003)[19]

Hechos: Canal 13 y *Todo Noticias* difundieron la imagen del menor D. P. durante la emisión de una nota efectuada a la directora

17. Conf. Basterra, Marcela, ob. cit., p. 350.

18. En el mismo sentido, conf. Laje, Alejandro, *Derecho a la intimidad. Su protección en la sociedad del espectáculo*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 160.

19. CSJN, *Fallos*: 326: 4646.

del jardín de infantes al cual concurría, motivada en la decisión de este establecimiento educacional de solicitar al fiscal Pablo Lanusse, que investigaba la “mafia del oro”, que retirara del jardín a su hijo –compañero del menor– ante una amenaza de bomba recibida por vía telefónica.

La difusión de la imagen del menor se hizo sin autorización de sus padres y, además, en forma errónea, se lo identificó como el hijo del mencionado fiscal. El matrimonio P. consideró que se había violado el derecho a la intimidad de su hijo, y ellos por sí, y en nombre de su hijo menor de edad, entablaron una demanda por daños y perjuicios a Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. La demandada, vencida en las dos instancias ordinarias, interpuso un recurso extraordinario, que al ser denegado motivó la queja, que la CSJN desestimó dejando firme la sentencia de Cámara.

Análisis del Fallo de la CSJN

En la causa la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, en lo principal –elevando el monto indemnizatorio–, la sentencia de primera instancia que había condenado por daños y perjuicios a la demandada.

La sentencia apelada se basó en que, con motivo de la amenaza de poner una bomba en el jardín de infantes al que asistía el hijo de un fiscal que llevaba adelante una resonante investigación, la demandada “filmó y dio a conocer a través de distintos programas televisivos la imagen de un menor de edad, sin autorización y que, además, la información brindada a la teleaudiencia era errónea ya que se mostró el retrato de D. P. identificándolo como el hijo del fiscal”. Y juzgó que esa conducta, indudablemente, resultó violatoria del derecho a la intimidad de D. P. (Conf. cons. 2).

Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. expresó que el pronunciamiento conculcaba el derecho constitucional a la libertad de prensa por cuanto se había excedido irrazonablemente la represión judicial en la condena a resarcir por la difusión de una información que reflejaba un hecho real de innegable interés público.

Admitió que, al darse a conocer la noticia, se cometió un error al divulgar la imagen del actor en lugar de la del hijo del Fiscal que investigaba “la mafia del oro”. Manifestó, con citas de jurisprudencia del Tribunal, que la sentencia recurrida castigó arbitrariamente el

error en desmedro de la libertad de expresión, ya que una manifestación errónea es inevitable en los medios y debe ser protegida para que exista el margen de respiro (*the breathing space*) que la libertad de expresión necesita para existir.

Además, precisó que el error no era de tal entidad como para generar responsabilidad porque dentro de las garantías a la libertad de prensa existe un margen de error permisible, y el que se atribuyó a la demandada era secundario, en relación al hecho principal informado.

Sostuvo que el factor subjetivo resulta un elemento esencial para la existencia de responsabilidad y que los errores no son por sí solos aptos para ello.

Expresó también que el verdadero límite a la libertad de expresión está dado por el respeto a la veracidad de la noticia y a la diligencia o pericia con la cual se procesa y divulga la misma, por lo que los castigos que se apliquen a los medios de comunicación sólo pueden tener como causa la culpa y/o el dolo en los que el medio eventualmente incurra.

Alegó que la sentencia desvió su análisis del caso concreto y omitió considerar que la imagen del menor fue difundida en el contexto de un asunto de interés general que debió llevar a colocar al derecho a la libertad de prensa por encima de cualquier interés o derecho particular, inclusive el relativo a la intimidad de los actores y a la imagen del menor.

Reprochó que el juzgador haya fundado su sentencia en un error y haya sobredimensionado el derecho a la intimidad, desprestigiando la naturaleza de la información publicada e interpretando erróneamente o soslayando los antecedentes fácticos del caso y la prueba aportada.

Insistió en que la noticia se refirió a un hecho real de innegable trascendencia e interés para la comunidad, y que no existió entrometimiento alguno en la intimidad de la parte actora desde que aquélla constituye una información de interés público que prevalece sobre los intereses particulares.

Expresó que, en el caso, los hechos en los cuales los actores se vieron involucrados se encontraban fuera de la esfera de su intimidad desde el momento en que fue amenazado el jardín de infantes, es decir, que los hechos ya habían adquirido una exteriorización, y, en ese momento, la privacidad de los actores superó los límites de la intimidad para introducirse en el marco de las relaciones sociales que tienen proyección comunitaria, lo que obstaba a la antijuridicidad.

Adujo que no podía obviarse que existió una expresa autorización de la Directora del jardín de infantes para acceder a sus instalaciones y a las imágenes luego difundidas, lo cual descartaba cualquier viso de arbitrariedad en el accionar de la demandada y obstaba a la aplicación de la normativa en la cual el fallo pretendió fundamentarse.

Al interpretar el artículo 1071 bis del Código Civil, manifestó que para que la violación a la intimidad implique violación a la ley, el acto debía ser "arbitrario", presupuesto que no concurría en el caso, pues hubo un expreso consentimiento que enervaba cualquier tipo de responsabilidad al respecto. Además, agregó que la norma citada debía ser integrada al ordenamiento jurídico general que, en determinadas circunstancias, legitima la lesión excluyendo la responsabilidad.

Mencionó, como causas de justificación, el ejercicio de un derecho –entre ellos, el de la libertad de expresión y de pensamiento–, el consentimiento del interesado y, fundamentalmente, el interés público como principio informante de todas las causas de justificación.

Alegó que tampoco podía afirmarse que la difusión de la imagen del menor resultaba innecesaria o que hubo una intención efectista.

Se agravió por la invocación de la Cámara del artículo 10 de la Ley Nº 20.056, ya que estima que el peligro en que se encontraban los niños a raíz de la amenaza de bomba, que constituía también parte de las amenazas contra un fiscal de la Nación, debía ser informado.

En definitiva, señaló que, en el caso, la noticia reflejó la realidad y lejos de invadir la intimidad de los actores, movilizó y sensibilizó a la sociedad para que se solidarizase y se alzara contra esa situación.

En referencia a la publicación de la fotografía en cuestión, alegó que la autorización de la Directora del establecimiento configuraba el consentimiento al que hace referencia el artículo 31 de la Ley Nº 11.723, razón por la cual se agravió por la invocación y aplicación de esta norma.

Criticó, además, que se haya elevado la indemnización otorgada por el inferior, lo que –según la recurrente– configura una evidente censura indirecta con base en la exorbitancia del monto de la condena, y una violación de los derechos de propiedad y de defensa en juicio, derivada de los montos reconocidos a los actores que no se sustentan en las constancias de la causa.

Sintetizando los agravios transcriptos, la quejosa consideró que, si bien se cometió un error al divulgar la foto del niño D. P., no se configuró con él un factor subjetivo generador de responsabilidad. Y, tratándose de una noticia de interés general, se debía haber dado preeminencia a la libertad de prensa por encima de cualquier interés o derecho particular como es la intimidad de los actores y la imagen del menor. Y por ser una información de interés público, configuró una causa de justificación que impidió la antijuridicidad. Además, como la Directora del establecimiento educativo autorizó el ingreso de los periodistas al mismo, la conducta de la demandada no fue arbitraria. Finalmente, consideró que la elevación del monto de la indemnización otorgada por el inferior configuró una evidente censura indirecta, una violación de los derechos de propiedad y de defensa en juicio, que no se sustentaron en las constancias de la causa.

Los Jueces de la Corte Suprema[20], en el fallo de mayoría que rechazó la queja, sostuvieron lo siguiente:

1. La aseveración de la recurrente, según la cual se la habría condenado "automáticamente" por un error "permisible" y con total prescindencia de un "factor de atribución subjetivo", no se compadece con el fallo apelado. Este establece que no se trató de un error excusable. Que resultó evidente que el medio televisivo no obró con la prudencia debida, máxime tratándose de un menor de edad. Esto excluye que la sentencia se haya desinteresado de la consideración sobre la disposición subjetiva del agente dañoso. (Conf. cons. 4).
2. Si bien la demandada insiste en la relevancia pública de la noticia, vinculada a las amenazas que recibió la familia de un funcionario que investigaba la llamada "mafia del oro", no se hace cargo de que el menor D. P. no integraba esa familia, y, por lo tanto, no cabía aplicarle a él los estándares –hipotéticamente más permisivos– que según ella debían aplicarse al caso. (Conf. cons. 5).
3. Respecto a la "autorización" que habría dado la Directora del jardín de infantes, se omite considerar que el fallo menciona expresamente que, según el testimonio de aquella, existió "autorización a los periodistas para entrar Dirección pero no al resto de

20. Voto de mayoría formado por los jueces: Belluscio, Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Fayt (según su voto) y Vázquez (según su voto).

las instalaciones y menos aún tomar imágenes de los menores que concurrían al establecimiento". Tampoco la recurrente se hace cargo de que, según la sentencia, "en el mejor de los casos, la autorización a requerir era la de los padres del niño". (Conf. cons. 6).

Por último, el Tribunal compartió y remitió. por razones de brevedad, a las apreciaciones y a los fundamentos del Dictamen del Procurador General Nicolás Eduardo Becerra, acerca de los agravios de la apelante, que a continuación exponemos.

Los argumentos del Dictamen del Procurador General Nicolás Eduardo Becerra, del 25 de junio de 2003[21], que el Alto Tribunal acogió como suyos son los siguientes:

Frente a la afirmación de la recurrente de que se la castiga arbitrariamente por la difusión de una noticia de interés público, el Dr. Becerra opinó que encuentra respuesta suficiente en las consideraciones del sentenciador en orden a que lo que pudo suscitar dicho interés fueron las amenazas que sufrieron el Fiscal Lanusse y su familia a raíz de las investigaciones por la causa de "la mafia del oro", pero que la difusión de la imagen del niño D. P. no se legitimaba por no constituir en sí misma un asunto de interés general. Agregó el juzgador que también podría resultar de interés el hecho de la amenaza de bomba, pero que, por esos mismos graves motivos, debieron salvaguardarse del conocimiento público las imágenes de los niños indirecta e involuntariamente involucrados en el tema. En este punto, coincidió con el juez de grado en el sentido de que la noticia se pudo dar a conocer sin necesidad de mostrar la imagen de menor alguno.

La sentencia apelada realizó, además, una serie de consideraciones acerca de la tutela de los derechos de los menores que brindan el Pacto de San José de Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño. En especial, destacó que perdía sustento la crítica que efectuó la apelante respecto a la aplicación de la Ley Nº 20.056, ya que la misma se ajusta a los principios que emanan de dicho Pacto y se conforma a las pautas hermenéuticas señaladas en los artículos 29 y el 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen que deberá prevalecer cualquier disposición de Derecho Interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores.

21. CSJN, *Fallos*: 326:4640. *Vid.* en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2003/procurador/junio/Perelmuter_P_638_L_37.pdf (Consultado el 30-1-2017).

Esta norma –prosiguió– prohíbe en todo el territorio de la República la difusión o publicidad, por cualquier medio, de sucesos referentes a menores de 18 años que se encuentren, entre otros supuestos, en peligro moral o material, a efectos de evitar que el menor pueda ser identificado, y le otorga a los jueces la facultad de autorizar la difusión cuando lo estime conveniente. Dicha normativa –señaló el juzgador– es aplicable a casos como el presente y, por ende, cumplidos los recaudos que la ley propone, la atribución de responsabilidad respecto de la demandada deviene incontrastable a la luz de la falta de alegación y prueba de las eximentes adecuadas (v. fs. 318/319, considerando II de la sentencia).

Según el Procurador General, estos argumentos no fueron adecuadamente rebatidos en el escrito recursivo. Otro tanto cabe decir acerca de la crítica referida al castigo arbitrario del error, toda vez que en la sentencia se manifestó explícitamente que no se trató de un error excusable dado que resultaba evidente que el medio televisivo no obró con la prudencia con que debió hacerlo, máxime tratándose de un menor de edad.

En cuanto a la afirmación de la apelante de que contó con autorización expresa para la obtención de la imagen difundida, la sentencia se ocupó de indicar puntualmente que ello no fue así, pues de las constancias de la causa surge que la Directora del jardín de infantes autorizó a los periodistas para entrar a la Dirección pero no al resto de las instalaciones, y menos aún para tomar imágenes de los menores que concurrían al establecimiento.

La recurrente reprochó que se haya otorgado una abultada indemnización cuando –a su modo de ver– la publicación del retrato no produjo ningún perjuicio. Sin embargo, el Procurador advierte, en su dictamen, que esta crítica no se hizo cargo de los argumentos del juzgador en orden a que cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba, y quien lo niegue tendrá sobre sí el *onus probandi*.

Como corolario, cita un artículo de doctrina[22], donde se afirma que resulta realmente difícil encontrar una fórmula gramatical que exprese con precisión los límites recíprocos entre intimidad y libertad de prensa; se trata de bienes jurídicos que no autorizan el establecimiento de una supremacía jurídica *a priori* (doctrina de *Fa-*

22. Rivera, Julio C., “Derecho a la intimidad”, *LL*, 1980-D-918.

llos: 315:1943, considerandos 11 y 12; conf., también, S.C.G. 88, L. XXXI "Gesualdi, Dora M. c/ Cooperativa Periodistas Independientes", sentencia del 17-12-1996, considerandos 10 y 14 del voto del doctor Vázquez, donde se advierte sobre la necesidad de buscar un equilibrio a la tensión entre estos derechos, "[...] sin preconceptos ni fórmulas rígidas, con la prudencia propia que debe caracterizar a la labor judicial").

La doctrina relevante emanada del Dictamen del Procurador que la Corte comparte es la siguiente:

1. La Ley Nº 20.056 que prohíbe la difusión de noticias referentes a menores de edad involucrados en delitos o que hayan sido víctimas de ellos se ajusta a los principios y pautas hermenéuticas establecidas en el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño

"Estos tratados establecen que deberá prevalecer cualquier disposición de Derecho Interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores. En especial (la sentencia apelada), destacó que perdía sustento la crítica que efectuó la apelante respecto a la aplicación de la Ley Nº 20.056, ya que la misma se ajusta a los principios que emanan de dicho Pacto y se conforma a las pautas hermenéuticas señaladas en los artículos 29 y el 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen que deberá prevalecer cualquier disposición de Derecho Interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores". (Dictamen del Procurador Nicolás E. Becerra, Apartado II).

2. Frente a la lesión del derecho a la intimidad, el informador debe probar que trató de verificar la verdad de los hechos de manera diligente y razonable. Dicho deber no implica el ejercicio de una censura constitucionalmente prohibida

"Con respaldo en doctrina y jurisprudencia, el juzgador señaló que el informador debe probar que trató de verificar la verdad de los hechos de manera diligente y razonable, y que este deber de verificación y diligencia en modo alguno implica el ejercicio de una censura constitucionalmente prohibida (v. fs. 315 vta., último párrafo/316)". (Dictamen del Procurador Nicolás E. Becerra, Apartado II).

3. Tratándose de un menor de edad, el consentimiento de la Directora de un establecimiento educativo para tomar y difundir

imágenes del niño no es hábil para exonerar de responsabilidad a los periodistas

"Advirtió, además, que, aún de haber existido, tal autorización no hubiera sido hábil para exonerar de responsabilidad pues se trataba de un menor. En el mejor de los casos –dijo–, la autorización a requerir era la de los padres, y ello con los reparos que al respecto –ante casos similares– han formulado tanto la doctrina como la jurisprudencia (v. fs. 316 vta. 317)". (Dictamen del Procurador Nicolás E. Becerra, Apartado II).

4. En los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad no es posible "a priori" determinar la supremacía de uno sobre otro. Es preciso analizar cada caso concreto

"Los conflictos que pueden presentarse entre estos dos derechos no pueden analizarse sino dentro de los límites que presenta el caso concreto, desde la sensibilidad y la importancia de los intereses presentados en los conflictos ente la libertad de prensa y el derecho a la intimidad".

Consideramos que los elementos que configuran el caso manifiestan negligencia y despreocupación por parte de los periodistas al cubrir una noticia de relevancia e interés público que involucraba a niños. Por eso resulta auspicioso que el decisorio del Alto Tribunal haya dejado en claro que cuando hay menores de por medio, los cuidados para preservar sus derechos deben ser mayores[23]. Y, además, para difundir datos e imágenes de niños, el consentimiento debe ser dado por sus representantes legales de manera expresa, y éste será válido en la medida que respete el principio del interés superior del niño.

II.4. "Keylian, Luis Alberto c/ Santillán, María Laura" (31-VIII-2004)[24]

Hechos: El actor demandó por daños y perjuicios sufridos por él y por su hijo menor de edad a la periodista María Laura Santillán

23. En el mismo sentido, Nicolau, Noemí, "La aptitud de los niños...", ob. cit., p. 1154.

24. CSJN, *Fallos*: 327:3536.

y a “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” como consecuencia de la afectación de sus derechos a la intimidad e imagen, tras la difusión televisiva –que calificó de inconsulta, parcializada y tendenciosa– en el programa “Justicia para todos”, del juicio oral y público seguido en su contra ante el Tribunal Oral N° 14 de Capital Federal, como supuesto autor de homicidio preterintencional agravado por el vínculo conyugal, en el que finalmente fue absuelto. En primera instancia obtuvo sentencia favorable respecto de la indemnización solicitada para su hijo, pero se rechazó la pedida para él. Apelada la sentencia por ambas partes, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó parcialmente la sentencia del juez de grado, hizo lugar a la demanda promovida en nombre y representación del menor de edad, condenando a las demandadas a pagarle en forma solidaria el importe que allí se estableció como resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos; así mismo, confirmó el rechazo del resarcimiento pretendido por el señor Luis Alberto Keylian. Contra este pronunciamiento, las codemandadas “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” y María Laura Santillán, y Keylian interpusieron recurso extraordinario que fue concedido a la parte demandada y denegado a la actora, que interpuso recurso de queja que fue concedido. La CSJN resolvió confirmar la parte de la sentencia objeto de recurso por la parte demandada y revocar la parte del fallo en lo que fue objeto de agravio del señor Keylian.

Análisis del Fallo de la CSJN

Los fundamentos de la sentencia recurrida son los siguientes:

1. La difusión de la imagen del niño mediante diversas fotografías de tipo familiar, e incluso del departamento donde habitaba al tiempo del fallecimiento de su madre, con mención de calle, número y piso, excedía claramente el límite de la autorización conferida a las demandadas para la filmación del juicio oral donde se juzgaba a su padre. Agregó que el niño no se encontraba involucrado en la cuestión suscitada con motivo del reproche penal, a pesar de lo cual, en la compaginación efectuada por la parte demandada para el programa difundido por Canal 13, fue identificado a través de las fotografías mencionadas, que resultaban totalmente ajenas al “acta del debate”

cuya filmación fue autorizada. En tales condiciones, juzgó que existió entrometimiento arbitrario en la vida del menor en los términos del artículo 1071 del Código Civil y que, simultáneamente, se había atacado su derecho a la imagen protegido por el artículo 31 de la Ley Nº 11.723. Dijo que la inclusión del menor en el acto antijurídico efectuado por las demandadas sólo podía tener como explicación darle mayor dramatismo al programa, lo que era propio de la actividad crematística de aquéllas.

2. Al referirse al daño extrapatrimonial, expresó que la resarcibilidad del ataque a la dignidad personal quedaba fuera de toda duda, conclusión que comprendía a los niños de corta edad como damnificados directos del daño moral. Remarcó que lo que caracteriza a estos daños no es el sufrimiento de carácter particular al que aludieron las demandadas en su defensa, sino la violación de derechos inherentes a la persona.

A los fines de su cuantificación, puntualizó, finalmente, el doble carácter, resarcitorio y sancionatorio, de la reparación del daño extrapatrimonial. (Conf. Dictamen del Procurador Felipe Daniel Obarrio, Apartado I).

Las recurrentes "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A." y María Laura Santillán reprochan la calificación de entrometimiento arbitrario en el que hace hincapié el sentenciador, porque la totalidad de los datos e imágenes fueron obtenidos de ámbitos o archivos públicos, por lo que no eran secretos ni ocultos.

Manifiestan que no hubo intromisión arbitraria, sino que medió expresa autorización por resolución emanada del Tribunal Oral N° 14 para la filmación y emisión de la audiencia del debate. Añaden que, en cuanto a las imágenes extraídas directamente de las constancias judiciales glosadas al expediente, quedó acreditado que el tribunal no retaceó información ni limitó su obtención.

Se quejan de que la Cámara haya dicho que excedieron el límite de la autorización conferida por el tribunal, pues consideran que esos límites nunca fueron impuestos.

En cuanto a la afectación del derecho a la imagen, sostienen que existió una autorización tácita del padre del menor para que fueran reproducidas, ya que el Tribunal Oral expresó, en su resolución, que no hubo impedimento para el ingreso de los medios de comunicación y que tampoco hubo oposición de las partes.

Señalan, además, que las fotografías del menor glosadas al proceso penal, y transmitidas por televisión en el programa cuestionado, fueron acompañadas por su padre como prueba de la relación que mantenía con su familia.

Dicen que, si los camarógrafos de Canal 13 tomaron imágenes del expediente, lo hicieron en el recinto de la audiencia, en presencia del tribunal, del procesado y del público. Aducen, también, que la difusión de las imágenes del menor estuvo por demás justificada porque el proceso penal tiene un contenido de relevante interés general.

Por lo tanto, alegan la inexistencia de la responsabilidad imputada, porque no hubo un obrar ilícito por parte de las demandadas, ya que existió una causa de justificación que fue la autorización de la filmación del acta de debate del proceso penal por el Tribunal Oral.

Además, afirman que no hay argumentos válidos para establecer que las causas de justificación que operaron para determinar la ausencia de una acción antijurídica en lo que concierne al señor Keylian, no actúen para precisar que permanece ausente en relación al menor.

Añaden que, en cuanto a la procedencia de la indemnización, el tribunal omitió que el daño debe ser probado y cierto, y que tal cosa no ocurrió porque el menor nunca vio el programa en cuestión, según lo reconoció el actor en la prueba confesional. Con cita de doctrina del Tribunal, dicen que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la aplicación de la llamada responsabilidad objetiva a los medios de prensa. (Conf. Dictamen del Procurador Felipe Daniel Obarrio, Apartado II).

La CSJN, en su fallo, hace suyos los argumentos de los dictámenes de la Procuración General a los que remite por razones de brevedad. Por ello, confirma la sentencia apelada en cuanto fue objeto de recurso, y con respecto al recurso del co-actor Sr. Keylian, revoca el pronunciamiento en lo que fue objeto de agravio[25].

Los argumentos del Dictamen del Procurador General Felipe Daniel Obarrio[26] sobre los agravios de la parte demandada que el

25. El fallo de mayoría fue conformado con las firmas de Belluscio, Fayt, Vázquez, Zaffaroni, Cossio de Mercau y Carrillo. En disidencia votaron Petracchi, Boggiano y Maqueda, quienes consideraron improcedentes los recursos extraordinarios concedidos y desestimaron la queja.

26. *Vid.* CSJN, *Fallos*: 327:3538. Fecha del Dictamen: 5-8-2003.

voto de mayoría de la CSJN acoge como propios son los que a continuación reseñamos:

La cuestión principal a dilucidar gira en torno a "los alcances de la autorización judicial para la difusión del juicio penal".

Previo a tratar el fondo del asunto, puntualiza que corresponde señalar que el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14, al responder a una solicitud de la codemandada María Laura Santillán, expresó que del acta del debate surge que el mismo fue público en toda su extensión y, por lo tanto, el ingreso a la sala de audiencias no estuvo cerrado ni limitado a ninguna persona, ni sujeto a previa autorización, la cual legalmente no sólo no era exigible sino que resultaba improcedente (v. fs. 457 del expediente penal, causa 193).

De esta afirmación estima el Procurador que las críticas de los recurrentes en orden a destacar que no se impusieron límites a la autorización, o a que la sentencia de Cámara generó una censura indirecta al cuestionar la difusión expresamente autorizada por el tribunal interviniente, sólo traducen una diferencia de criterio con el juzgador y no resultan suficientes para rechazar las consideraciones en que se apoya el pronunciamiento recurrido.

Por otra parte, como señaló la Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del acta del debate agregada a fs. 298/301, del expediente penal, surge que las fotografías no fueron exhibidas durante el mismo, por lo que tampoco quedaron comprendidas en la publicidad que alegan los recurrentes. De ahí surge el acto antijurídico que significó incluir al menor en el programa.

Por otra parte, respecto del agravio por el resarcimiento económico que el *a quo* determinó a favor del menor, indica que carece de relevancia, a los efectos de la procedencia de la indemnización, el hecho señalado por los demandados de que el menor no habría visto el programa en cuestión, pues esta alegación pierde todo sustento frente al argumento de la sentencia en el sentido de que la característica de estos daños no es el sufrimiento particular, sino la violación de los derechos inherentes a la personalidad.

Como corolario, cita la obra *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, del Dr. Fayt, que explica que "la publicidad de los juicios se basa en el interés de los ciudadanos en conocer el modo en que se administra justicia, y es una derivación del principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios por sus actos de gobierno. Específicamente, el principio de publicidad exige que el debate sea abierto, esto es, que permita el libre acceso

al público, salvo excepciones legales, que tienen el fin de proteger la moral, tutelar la minoridad, prevenir desórdenes, evitar el entorpecimiento en los trámites o la propaganda de la espectacularidad, garantizar la independencia y hasta el resguardo de la administración de justicia. Pero sucede que la prensa, no simplemente reproduce el juicio y lo reemplaza de modo equivalente a la publicidad directa, sino que, y en rigor, difunde también percepciones e ideas, dejando de ser neutral, seleccionando información y recortando o estereotipando la realidad. Por otra parte, es dable observar que no forma parte de las instituciones del Estado tendientes a la persecución de delitos y que su naturaleza es muy diversa a éstas. Se rige por las leyes de comunicación de masas y, en definitiva, busca vender un producto […] No hay, pues, que entender a la prensa como sinónimo de publicidad, ni pretender ver una violación a la libertad de prensa donde no la hay, por establecer limitaciones a la publicidad". (Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, pp. 256-257). (Dictamen del Procurador General Obarrio, Apartado V).

La doctrina emanada del Fallo de la Corte es la que a continuación se transcribe:

1. Constituye un acto antijurídico la difusión de la imagen y datos de un niño que no se encuentra involucrado en el juicio penal llevado a cabo contra su padre, y que resultan totalmente ajenos al "acta del debate" cuya filmación fue autorizada

"Los apelantes no se hacen cargo de rebatir adecuadamente la atribución de responsabilidad por los excesos que el juzgador recrimina en la difusión de las imágenes del niño, ni del reproche acerca de que, no obstante que el niño no se encontraba involucrado en la cuestión penal, en la compaginación del programa difundido por Canal 13 fue identificado a través de las fotografías que resultaban totalmente ajenas al acta del debate". (Dictamen del Procurador General Obarrio, Apartado V).

2. La intimidad de un menor de edad está amparada por normas de jerarquía constitucional que protegen los derechos del niño de tal modo que ni el consentimiento expreso del padre sería causa de justificación que legitime la exposición o exhibición de las fotografías de un menor de edad, ajeno al proceso judicial

"No modifica el criterio expuesto la invocada autorización tácita del interesado para la reproducción de las fotografías, ni el hecho de

que éstas fueran agregadas a la causa por el padre del menor como prueba de la relación familiar. Ello es así, de un lado, porque no existen en autos elementos que hagan presumir la autorización del padre para dar a publicidad las fotografías, y de otro, porque se trata de la intimidad de un menor de edad, amparada por normas de jerarquía constitucional que protegen los derechos del niño más allá de una eventual autorización de su progenitor para su exposición o exhibición, toda vez que, dado su carácter personalísimo, estos derechos resultan indisponibles por terceros". (Dictamen del Procurador General Obarrio, Apartado V).

3. Para que proceda la indemnización es irrelevante si hubo o no sufrimiento particular

"La característica de los daños a los derechos personalísimos es la violación a los derechos inherentes a la personalidad. Al respecto, dijo el *a quo* citando a Zannoni que '[...] cuando lo afectado es el honor, la intimidad, la imagen o cualquier otro derecho subjetivo extrapatrimonial del damnificado, existe siempre menoscabada la proyección existencial que es reconocida aunque la persona no la comprenda o perciba de manera actual, y aún en el caso que no se compruebe de esa misma manera una modificación disvaliosa del espíritu [...]' (v. fs. 771 vta.)". (Dictamen del Procurador General Obarrio, Apartado V).

La sentencia del Tribunal Supremo recaída en la causa "Keylian" fue bien recibida porque, sin dudas, fue una solución justa[27]. En efecto, la CSJN reafirmó su doctrina acerca de que no existen derechos absolutos, y el derecho a la información tampoco lo es. Por eso, cabía atribuir responsabilidad civil a los periodistas que ejercieron sus derechos de manera abusiva, y esa conducta antijurídica era de mayor gravedad al recaer, en el caso concreto, sobre un niño. Nada justificaba su inclusión en un programa informativo que reseñaba el proceso penal llevado a cabo contra su padre, en el que el niño era ajeno.

También resulta valiosa la aclaración de que, por tratarse de la afectación de derechos personalísimos como la intimidad y la imagen de un niño, ni siquiera con el consentimiento de su padre los

27. Conf. Basterra, Marcela, ob. cit., p. 357; Laje, Alejandro, ob. cit., p. 163.

comunicadores profesionales podrían haber difundido datos e imágenes del menor. Esto es así porque en el caso concreto estaba claro que el superior interés del niño exigía preservarlo de la publicidad, que, por otra parte, era innecesaria.

Por último, merece ser destacada la resolución del Alto Tribunal acerca del deber de indemnizar al menor por daño moral independientemente de que el niño haya visto o no el programa. El fundamento de la decisión es que la característica de estos daños no es el sufrimiento concreto, sino la violación a los derechos inherentes a la personalidad.

II.5. "S., L. E. c/ Diario el Sol" (28-VIII-2007)[28]

Hechos: La actora, por sí y en representación de sus hijos menores de edad, promovió demanda por indemnización de daños y perjuicios contra el diario *El Sol* –de Quilmes, Provincia de Buenos Aires– por haber difundido situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de una menor de edad. En primera y segunda instancia los tribunales de La Plata hicieron lugar a la demanda. El medio periodístico dedujo recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de la ley que fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ante esto, *El Sol S.A.* interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó, por unanimidad, la sentencia recurrida.

Análisis del Fallo de la CSJN

En su apelación extraordinaria el diario *El Sol S.A.* presentó sus agravios que a continuación transcribimos:

En primer lugar, impugnó la constitucionalidad del artículo 18 del Decreto Ley Nº 10.067/1983 de la Provincia de Buenos Aires, que prohíbe la difusión de los nombres de menores vinculados a causas judiciales. El artículo mencionado establece que "se evitará la publicidad del hecho en cuanto concierne a la persona del menor

28. CSJN, *Fallos*: 330:3685.

a partir del momento en que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los juzgados, quedando prohibida la difusión por cualquier medio de detalles relativos a la identidad y participación de aquél". (Voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 10).

La demandada consideró que esta norma se utilizó como un instrumento judicial para la aplicación de la censura previa en la difusión de información en contra de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Nacional. (Conf. Voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 9).

También señaló que la sentencia elaboró una inteligencia que agravia la primera parte de la Constitución Nacional al otorgarle a diversas convenciones un nivel de jerarquía constitucional que no tienen, toda vez que los tratados internacionales, por expreso imperio del artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Carta Magna y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Alegó que la Convención sobre los Derechos del Niño no era parte del texto constitucional al tiempo de los hechos juzgados.

Por último, argumentó que el tribunal superior provincial desestimó arbitrariamente los lineamientos sentados por la CSJN en las doctrinas Campillay y de la real malicia. (Conf. Voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 4).

La CSJN, por unanimidad, confirmó la sentencia recurrida, mediante votos distintos. Los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti compartieron los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal subrogante; en voto conjunto se pronunciaron Maqueda y Zaffaroni; y con votos individuales lo hicieron Fayt y Argibay.

Respecto a los agravios vinculados a la inconstitucionalidad del artículo 18 del Decreto Ley Nº 10.067/1983 de la Provincia de Buenos Aires, y al orden de prelación de los tratados internacionales con relación a los artículos de la primera parte de la Constitución Nacional, el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco compartieron, como dijimos, los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante Marta A. Beiró de Gonçalvez en su apartado IV (conf., cons. 4), que afirma:

"En cuanto a la tacha de inconstitucionalidad del artículo 18 del Decreto Ley Nº 10.067, la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de censura previa contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional constituye un principio de alcances absolutos,

o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en los que resulta necesario disponer medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho a la intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida en preceptos de jerarquía constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño".

A continuación, citó la doctrina sentada en el fallo "Servini de Cubría", que establece lo siguiente:

1. Las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido.
2. Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional.

Seguidamente, afirmó, apoyada en la doctrina emanada de la CSJN en la causa "Maradona":

1. Los derechos reconocidos en la Constitución –y, por ende, en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna– deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales. En ese marco, corresponde armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de censura previa, con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias de su intimidad, ya que el artículo 16, inciso 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, es suficientemente explícito al respecto.
2. Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) confieren especial tutela a los derechos de

la infancia. La necesidad de una "protección especial" enunciada en el Preámbulo de la primera, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3°, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción a favor del niño, que "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal" (conf. Preámbulo ya citado), lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (conf. art. 19 del pacto).

3. El artículo 18, del Decreto Ley Nº 10.067, cuando dispone evitar la publicidad del hecho en cuanto concierna a la persona del menor que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los Juzgados, y prohíbe la difusión de detalles relativos a la identidad y participación de aquél, no hace sino proteger preventivamente al menor del padecimiento de eventuales daños, por tratarse de personas que están en plena formación, que carecen de discernimiento para disponer de los aspectos íntimos de su personalidad y que merecen la tutela preventiva mayor que los adultos por parte de la ley, protección que encuentra sustento tanto en los tratados internacionales citados, como en la doctrina del Tribunal antes reseñada.

Sobre la crítica del recurrente que afirma que resulta ineficaz la norma de un tratado internacional para conferirle fuerza legal a una normativa interna surgida de un decreto que –según su opinión– es violatorio de la primera parte de la Constitución Nacional, citó la doctrina emanada del fallo "Monges"[29], en la que la CSJN dijo: "Cuando el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, establece, en su última parte, que los tratados 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos', ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación al-

29. CSJN, *Fallos*: 319:3148, "Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires", del 26 de diciembre de 1996.

guna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. Las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (v. doctrina de *Fallos*: 319:3148, cons. 20, 21 y 22; 321:885; 322:875; 324:975, voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López)". (Dictamen de la Procuradora subrogante, Apartado IV).

Respecto de que el Tribunal superior provincial desestimó arbitrariamente los lineamientos sentados por esta Corte en las doctrinas "Campillay"[30], los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco consideraron que dichos lineamientos no son de aplicación cuando media, como en el caso bajo examen, una prohibición legal de difusión de la noticia propalada por el medio.

"En tales supuestos, sólo omitiendo la identificación del menor, es decir, cumpliendo con la prescripción legal, se cumpliría con la protección de su esfera de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada". Por lo tanto, determinaron que la sentencia apelada se ajustó a esta interpretación constitucional, al expresar que la información restringida al conocimiento del público no podía difundirse aun cuando fuese citada o incluso reproducida la fuente respectiva, porque eso equivaldría al quebrantamiento del espíritu de la ley. (Conf. Voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 5).

Tanto el juez Fayt (conf. cons. 9) como la jueza Argibay (conf. cons. 9) coincidieron con este criterio. Por su parte, los jueces Ma-

30. "Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros" es un precedente del 15 de mayo de 1986 en el cual la CSJN resolvió: "[…] un enfoque adecuado a la seriedad que debe primar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas –aún admitida la imposibilidad práctica de verificar su exactitud– impone propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho" (*Fallos*: 308:789, cons. 7).

queda y Zaffaroni consideraron que, en el caso, no se habían "cumplido mínimamente con los recaudos requeridos por el estándar mencionado", por lo que el agravio debía ser rechazado. (Conf. Voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 17).

Con relación a la invocada doctrina de la "real malicia" reconocida por el Alto Tribunal en el caso "Burlando"[31], los ministros Maqueda y Zaffaroni consideraron también inadmisible la doctrina invocada. Afirmaron que "este estándar sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aún si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o, incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos (*Fallos*: 327:943). Se requiere, pues, que las informaciones hayan sido difundidas con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (*Fallos*: 320:1272)". (Voto de Maqueda y Zaffaroni, cons. 19). En el mismo sentido, los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concordando con la argumentación de la señora Procuradora Fiscal subrogante, afirmaron que no sería aplicable en cuanto que la información no se refiere a funcionarios o figuras públicas, ni a particulares que centren en su persona suficiente interés público. (Conf. Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 6).

Por lo expuesto, los jueces sostuvieron que para resultar aplicable la doctrina de la real malicia, el fundamento principal de la condena debería haberse centrado en la difusión de noticias falsas e inexactas respecto de las cuales fuera posible predicar verdad o falsedad. Pero en el caso en análisis, "los argumentos de la condena de los demandados han sido elaborados por el juez de primera instancia y por la cámara con sustento en la indebida injerencia en la vida familiar de los actores con los consiguientes perjuicios provocados por la difusión de noticias inherentes a la intimidad de la madre y de sus entonces hijos menores". (Voto de Maqueda y Zaffaroni, cons. 20).

31. CSJN, *Fallos*: 326:145, "Burlando, Fernando c/ Diario El Sol de Quilmes", 18 de febrero de 2003.

Frente a la lesión de la intimidad, resulta irrelevante el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida, porque si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando lo lesionado es "la libertad que tiene todo ser humano en el núcleo central de su persona". (Voto del juez Belluscio en *Fallos*: 324:975, cons. 7). (Voto de Maqueda y Zaffaroni, cons. 22). En igual sentido se pronunció el ministro Fayt (conf. Voto del juez Fayt, cons. 10).

La doctrina relevante emanada de la Corte es la siguiente:

1. La armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente

Cuando el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, establece, en su última parte, que los tratados "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. Las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (cita del precedente "Monges"). (Conf. Dictamen de la Procuradora subrogante, Apartado IV).

2. La CDN y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que confieren especial tutela a los derechos de la infancia, proporcionan un parámetro objetivo para resolver conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración la solución que les resulte de mayor beneficio

(Conf. Dictamen de la Procuradora subrogante, Apartado IV).

3. En los conflictos en los que participan menores, existe una acentuada presunción a favor del niño

Esta presunción se fundamenta en que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal. (Conf. Dictamen de la Procuradora subrogante, Apartado IV).

4. El artículo 18 del Decreto Ley Nº *10.067 es constitucional*

"El artículo 18 del Decreto Ley Nº 10.067 que protege preventivamente a los menores es constitucional, porque conforme a los tratados internacionales de jerarquía constitucional, debe darse a los niños una tutela mayor que a los adultos por parte de la ley". (Dictamen de la Procuradora subrogante, Apartado IV).

5. Los lineamientos de la doctrina "Campillay" no son de aplicación cuando media una prohibición legal de difusión de la noticia propalada por el medio

"En efecto, si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad". (Voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 5).

6. La doctrina de la "real malicia" no es aplicable a las lesiones del derecho a la privacidad

Esta doctrina es aplicable cuando se trata de la difusión de noticias falsas o agraviantes respecto de las cuales sea posible predicar verdad o falsedad. Frente a la lesión de la intimidad, resulta irrelevante el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida porque si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando lo lesionado es la libertad que tiene todo ser humano en el núcleo central de su persona. (Conf. Voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 6).

El Fallo de la CSJN ha sido bien acogido por destacada doctrina, que compartimos[32], debido a que reafirma su doctrina de resolver este tipo de casos, dando prioridad al interés superior del niño. En este sentido, nos parece acertado el decisorio del Alto Tribunal que reafirmó la constitucionalidad del artículo 18 del Decreto Ley Nº 10.067[33], que prohibía difundir la identidad de menores vinculados a causas judiciales.

Además, al rechazar la aplicabilidad al caso de la doctrina "Campillay", pusieron de manifiesto que la única manera de evitar la responsabilidad hubiera sido no difundir el nombre de la menor. Según Diegues, con este pronunciamiento, los jueces sentaron un nuevo criterio: antes, verificado alguno de los tres supuestos previstos por la doctrina "Campillay", bastaba, conforme a su anterior jurisprudencia, para eximir de responsabilidad a quien propalare una información, tratándose de la afectación del derecho a la intimidad de un menor; sólo se exime probando uno solo de ellos: omitiendo la identidad de la persona involucrada[34]. Creemos que en realidad la doctrina "Campillay" no es aplicable porque no se trata de información falsa y agraviante que podría lesionar el honor, sino de noticia verdadera que lesiona la intimidad del menor. Y justamente por tratarse de un niño, es aplicable la tutela reforzada que, en definitiva, apunta a hacer efectivo el estándar del interés superior del niño que engloba su derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, y a no ser convertido "en un objeto mediático"[35].

32. *Vid.* Tobías, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", *LL*, 2008-A-620; Diegues, Jorge, "La libertad de prensa y el derecho a la intimidad de menores de edad involucrados en causas judiciales", *LL*-2008-B-552; Flores, Oscar, "Ejercicio del derecho a la información respecto de menores vinculados a causas judiciales", *LL*, Buenos Aires, 2007-F-458; Basterra, Marcela, ob. cit., pp. 363-365; Bazán, Víctor, "El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina", en *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 137-138, disponible en http://www.redalyc.org/pdf/820/82060106.pdf (Consultado el 28-2-2018).

33. Este decreto ley regulaba el Patronato de Menores en la Provincia de Buenos Aires, y fue derogado por la Ley Nº 13.298 de *Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños*, sancionada el 29-12-2004 por la legislatura bonaerense, y promulgada el 14-1-2005. Cabe destacar que el régimen jurídico que lo sustituyó dispuso reglas semejantes.

34. Conf. Diegues, Jorge, ob. cit., p. 552.

35. Conf. Flores, Oscar, ob. cit., p. 458.

Con acierto, la CSJN tachó de inaplicable la doctrina de la "real malicia", al recordar que cuando se trata de una demanda entablada por lesión al derecho a la intimidad jamás constituye una defensa viable la invocación de la veracidad de los dichos publicados, porque la violación de dicho derecho implica la veracidad de la información privada hecha pública sin el consentimiento de la víctima. La falsedad de los hechos podría lesionar el honor de las personas, pero no su intimidad. Por ello, aun cuando la doctrina de la real malicia tiene la ventaja de constituir una regla objetiva siempre recomendable a fin de compatibilizar el ejercicio de la libertad de expresión mediante límites objetivos que los autores de las expresiones conozcan de antemano, resulta jurídicamente inaplicable ante los casos de afectación del derecho a la intimidad, sencillamente porque no ha sido concebida para eso[36]. En otras palabras, en los casos de lesiones a la intimidad es indiferente el problema de la verdad[37].

III. Conclusiones

A través del análisis que realizamos de las sentencias relevantes de la CSJN, que dirimieron conflictos suscitados por el ejercicio del derecho a la información de un medio de comunicación, y el derecho a la intimidad de un niño, advertimos que las empresas informativas, de manera dogmática y apegándose a una interpretación literal y aislada de algunos textos constitucionales, alegan que el derecho a la libertad de prensa y el derecho a la información tienen jerarquía superior a los demás derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la intimidad y a la imagen. Y, en la práctica, defienden conductas lesivas de los derechos de terceros, incluido el derecho a la intimidad y a la imagen de los niños.

Entre los casos estudiados, cuatro se refieren a la publicación de información de hechos en los que había niños implicados en procesos judiciales: en "Maradona", un juicio de filiación en el que el presunto padre era una figura pública; en "R., S. J.", un juicio penal con sentencia condenatoria por el delito de violación a una menor de edad; en "Keylian", el involucrado era el padre del menor, supuesto

36. Conf. Diegues, Jorge, ob. cit., p. 552.

37. Conf. Camps, Carlos Enrique; Nolfi, Luis María, "El Ministerio Público y la protección de la intimidad de los menores en juicio", *LLBA*, 1999, I, p. 2.

autor del homicidio preterintencional de su mujer y madre del niño; y en "S., L. E.", se publicaron actuaciones judiciales realizadas para proteger a una niña cuya vida era denigrante e indecorosa.

Los hechos informados por los medios de comunicación entraban, por diferentes razones, dentro de lo que se considera "noticia de interés público". En todos los fallos se reconoce el derecho a la información y, por lo tanto, a difundir los hechos; pero como señaló la CSJN, la única manera de ejercerlo respetando el derecho a la intimidad de los menores implicados en ellos, era suprimiendo sus identidades y no dando a conocer aquellos datos que permitieran su individualización. En otras palabras, cuando en el hecho que se quiere difundir participa un niño, no existen causas de justificación que enerven la responsabilidad jurídica de los medios de comunicación si dan datos que permitan identificarlo.

En "P., I. G.", el menor era ajeno al hecho noticioso, que sí era de interés público, y el medio de comunicación actuó con error inexcusable y de manera antijurídica al tomar y difundir una fotografía del niño sin consentimiento de sus representantes legales. Pero más allá del error sobre la identidad del niño, consideramos que hubiera sido también antijurídica la publicación de la fotografía del hijo menor de edad del fiscal actuante en el caso, de la que se pretendía informar, porque no era necesaria la divulgación de la imagen del menor, para dar a conocer lo que verdaderamente era noticia de interés público: la presunta colocación de una bomba en el jardín de infantes al que concurría el hijo del fiscal de una causa en extremo sensible.

Un criterio fundamental que queda sentado en "Maradona" es que la censura judicial es viable siempre que, frente al caso concreto, el juzgador considere que esa medida es la más adecuada para preservar el interés superior del niño, principio prescripto por nuestro sistema normativo para toda decisión en la que esté involucrado un menor de edad.

Por otra parte, la CSJN reafirma, en "S., L. E.", la doctrina sentada en "Monge", que postula como pauta hermenéutica a la hora de dilucidar lo justo en el caso concreto que "las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente". Esta es una de las premisas por las que la CSJN afirma de manera sostenida que el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones, o la difusión de noticias de interés público, no puede ejercerse en detrimento de la necesaria

armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la intimidad e imagen de las personas menores de edad.

También resulta de interés señalar que la CSJN, en “S., L. E.”, dejó en claro que las invocadas doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” son estándares jurisprudenciales elaborados para resolver conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor de las personas, pero nada pueden aportar para solucionar conflictos entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Finalmente, podemos afirmar que, mediante el examen de los fallos reseñados, que han dirimido conflictos entre ambos derechos fundamentales, donde estaban involucrados niños, hemos constatado la existencia de una doctrina judicial clara y contundente que garantiza el ejercicio regular del derecho a informar, a la vez que protege la intimidad e imagen de los menores de edad, condenando las conductas que lesionan dichos derechos sin causa de justificación, que en el caso de los niños, difícilmente se puede configurar.

En definitiva, la jurisprudencia de la CSJN sienta criterios diáfanos que tendrán que tener en cuenta los profesionales de la información para respetar el derecho a la intimidad de los niños y no incurrir en responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Libros

Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.

Albert, Pierre; Sánchez Aranda, José Javier; Guasch, Juan María, *Historia de la prensa*, Madrid, Rialp, 1990.

Ales Uría, Mercedes, "Tendencias en el Derecho europeo de familia y el principio del mejor interés del menor", en *Régimen de los menores de edad*, Solari, Néstor Eliseo; Benavente, María Isabel (Dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012.

Antón, Mariano E., *Derechos y responsabilidades en una comunicación con perspectiva en Derechos Humanos*, 1ª ed., Misiones, Editorial Universitaria, Universidad Nacional de Misiones, 2017.

Azurmendi, Ana, *Derecho de la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, 2ª, Pamplona, Eunsa, 2001.

Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002.

Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.

Benavente, María Isabel, "Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad de los niños", en *Convención sobre los Derechos del Niño*, Weimberg, Inés M. (Dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. I y T. II, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1998.

—, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1993.

Bidegain, Carlos María; Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio Luis; Puente, Roberto; Schinelli, Guillermo, *Curso de Derecho Constitucional*, T. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, T. 1, 20ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

Budano Roig, Antonio R., *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Campoy Cervera, Ignacio, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Madrid, 2000, en http://hdl.handle.net/10016/564 (Consultado el 15-2-2018).

Carrió, Genaro, R., *Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.

D'Antonio, Daniel Hugo, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Madrid, Ed. Nacional, 1974.

—, *La ética del mensaje*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.

Desantes Guanter, José María; Bel Mallen, Ignacio; Corredoira y Alfonso, Loreto; Cousido González, María Pilar; García Sanz, Rosa María, *Derecho de la Información (II). Los mensajes informativos*, Madrid, Colex, 1994.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1996.

Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la Información*, Madrid, Dykinson, 1998.

Fayt, Carlos, *La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*, Buenos Aires, La Ley, 1994.

—, *La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Ferreira Rubio, Delia, M., *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1982.

Galdós, Jorge Mario, "Comentario al artículo 1770", en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. 8, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Garay, Oscar Ernesto, “Protección de los Derechos de los niños y las niñas en el ámbito de la salud”, en *Régimen de los menores de edad*, Solari, Néstor Eliseo; Benavente, María Isabel (Dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012.

González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1960, p. 210.

González Gaitano, Norberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, Eunsa, 1990.

Gonzalez, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Obras completas, T. 3, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. A. Estrada, 1951.

González del Solar, José, *Derecho de la minoridad, protección jurídica de la niñez*, 3ª ed., Córdoba, Ed. Mediterránea, 2010.

Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1994.

Laje, Alejandro, *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

—, “Análisis de la normativa del CCCN, artículo 1770”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bueres, Alberto J. (Dir.), T. 2.A, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. IV, 2ª ed., Plus Ultra, 1988.

Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. 1, 20ª ed., actualizada por Raffo Benegas, Patricio, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003.

Lorenzzeti, Ricardo, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 1995.

Muñiz, Carlos, “Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial unificado”, en Limodio, Gabriel (Editor), *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Educa, 2016.

Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 3ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1987.

Olmo, Juan Pablo, “Capacidad, Capítulo II”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. 1, Medina, Graciela (Dir.); Rivera, Julio (Coord.); Esper, Mariano, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Pestalardo, Alberto Silvio, “Actuación en juicio de los menores de edad”, en *Régimen de los menores de edad*, Solari, Néstor

Eliseo; Benavente, María Isabel (Dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012.

Peyrano, Guillermo; Lafferriere, Jorge Nicolás, *Restricciones a la capacidad civil*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Rivera, Julio César; Crovi, Luis Daniel, *Derecho Civil. Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.

Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999.

Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

Sánchez Ferriz, Remedios, *El derecho a la información*, Valencia, Cosmos, 1974.

Saraza Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

Tobías, José W., *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Alterini, Jorge H. (Dir. Gral.), 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016.

Toller, Fernando, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

Urabayen, Miguel, *Vida privada e información*, Pamplona, Eunsa, 1977.

Ventura, Adrián, *Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte. Colección de análisis jurisprudencial de Derecho Constitucional*, Sabsay, Daniel (Dir.), Buenos Aires, La Ley, 2005.

Yepes Stork, Ricardo, *Fundamentos de antropología*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1977.

Zannoni, Eduardo A.; Biscaro, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.

Zannoni, Eduardo A., "El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación", en AA. VV., *Responsabilidad por daños*, homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Alberto J. Bueres (Dir.), T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

Zavala de González, Matilde M., *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

—, *Daños a las personas*, T. II: *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996.

Artículos

Ancarola, Gerardo, "Tres pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo tema: la libertad de prensa", *LL*, 2004-A-385.

Aries, Philippe, "La infancia", en *Revista de educación*, Madrid, 1986, n. 281, pp. 5-17, en: http://redined.mecd.gob.es/xmlui/handle/11162/70092 (Consultado el 6-8-2016).

Barranco y Vedia, Fernando, "Censura previa y advertencia previa", *LL*, 1989-D-183.

Barrera, Mónica, "La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces", 16-7-2015, SAIJ: DACF150372, en http://www.saij.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod (Consultado el 30-8-2017).

Basset, Úrsula Cristina, "Sobre las medidas de protección en la Ley Nº 26.061. Una mirada desde otra perspectiva", *LL*, 2008-C-893.

Bazán, Víctor, "El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina", en *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 137-138, disponible en http://www.redalyc.org/pdf/820/82060106.pdf (Consultado el 28-2-2018).

Bedrossian, Gabriel, "La libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho a la intimidad de los menores", *LL*, 2001-F-232.

Bianchi, Tomás; Gullco, Hernán, "Responsabilidad por violación de la privacidad (la tensión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión)", en *La responsabilidad*, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini-López Cabana (Dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 125.

Bidart Campos, Germán, "El derecho a la intimidad y la libertad de prensa", *ED*, 112-239.

—, "Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna: nada de *vedettismo* informativo", *ED* (1992)145-415.

—, "La publicidad informativa de una sentencia y la libertad de prensa", *ED* (1993)154-330.

—, "¿Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del presidente de la República?", *LL*, 1998-D-587.

—, "La realidad, las normas y las reformas jurídicas", *LL*, 1990-E-680.

Blasi, Gastón Federico, "¿Existe una jerarquía entre los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Nacional? El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad", en *Rev. Jurídica El Dial*, Suplemento Derecho Público, DC 873 (publicado el 17-4-2006).

Budano Roig, Antonio R., "La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor", *ED* (1998)177-181.

Bustamante Alsina, Jorge, "La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del Estado y a las modernas técnicas de la información", *ED* (1986)119-919.

Camps, Carlos Enrique; Nolfi, Luis María, "El Ministerio Público y la protección de la intimidad de los menores en juicio", *LLBA*, 1999-I, p. 13.

Cavagnaro, María Victoria; Battú, Estefanía, "El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en el Nuevo Código Civil y Comercial", 26-4-2017, SAIJ: DACF 170223, en www.saij.gob.ar (Consultado el 30-8-2017).

Cianciardo, Juan, "Los límites de los Derechos constitucionales", Revista *Díkaion* nº 10, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, 2001, p. 53.

D'Antonio, Daniel Hugo, "La protección de la intimidad de los menores de edad", *RDPC*, 2006-2, *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 113-128.

Desantes Guanter, José María, "Intimidad e información, derechos excluyentes", en Rev. *Nuestro Tiempo*, nº 213, marzo 1972, Pamplona, pp. 15-31.

Diegues, Jorge, "La libertad de prensa y el derecho a la intimidad de menores de edad involucrados en causas judiciales", *LL*, 2008-B-552.

Dulitzky, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (El caso Martorell)", *LL*, 1996-D-1679.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, "El derecho a la intimidad y la libertad de prensa nuevamente en conflicto", *LL*, 1993-E-78.

—, "El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño, el orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa", *LL*, 1997-D-98.

Fernández, Silvia E.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud", *LL*, 28-11-2017, en http://thomsonreuterslatam.com/2017/11/el-principio-de-autonomia-progresiva-en-el-campo-de-la-salud/ (Consultado el 28-2-2018).

Fissore, Diego M., "Los derechos de la personalidad espiritual en el CCyCN", *RDPC*, 2015-3. *Personas Humanas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 147-171.

Flores, Oscar, "Ejercicio del derecho a la información respecto de menores vinculados a causas judiciales", *LL*, Buenos Aires, 2007-F-458.

—, "Libertad de prensa y derechos personalísimos. Criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *RDPC*, 2006-2. *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 305-335.

Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, nros. 1 y 2, 1997, p. 51, en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a2n1-2.html (Consultado el 14-9-2017).

Giuliano, Sergio; Guidi, Sebastián, "Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión", *RDD*, 2016-2, *Prevención del daño*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 477-522.

González del Solar, José H., "La Protección Jurídica de la Niñez en desventaja social", Córdoba, 2011, artículo publicado en http://derechominoridad.blogspot.com.ar/p/la-ninez-en-desventaja-social.html (Consultado el 12-8-2016).

Highton, Elena I., "Capacidad de los menores de edad", *RDPC*, 2015-3, *Persona Humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 195-282.

Ibarlucía, Emilio A., "Protección de la intimidad y prohibición de censura previa", *RDPC*, 2006-2, *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 35-66.

Insua Alves De Oliveira, Leticia; Palermo, Ricardo, "Libertad de imprenta y derecho a la intimidad: los justos límites entre dos garantías constitucionales", *LL*, 1998-C-132.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", *RDPC*, 2010 nº 3, *Derechos del paciente*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 123-144.

Lafferriere, Nicolás J., "¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, en https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/issue/.../Número%20completo (Consultado el 2-12-2017).

Lavalle Cobo, Jorge, "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: la capacidad de los menores", en *LL*, Suplemento Actualidad, 24-11-2011, pp. 2-3.

Melicci, Carla, "Una ley con poca incidencia. Especialistas y ONG reclaman la implementación de la norma 26061 de protección de los derechos del niño", en Diario *La Nación* del 15-5-2010, en http://www.lanacion.com.ar/1264411-una-ley-con-poca-incidencia (Consultado el 19-10-2016).

Moisset de Espanés, Luis, "El acto ilícito y la responsabilidad civil", en *La Responsabilidad*. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg; Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M. (Dirs.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Morello, Augusto M., "La Corte Suprema y el nuevo derecho de la privacidad", *JA*, 1985-I-534.

—, "Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa", *LL*, 2002-A-754.

Mosset Iturraspe, Jorge, "La intimidad frente al Derecho. Su problemática (consideración reiterada a lo largo de 25 años)", en *RDPC*, 2006-2, *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 7-34.

Nicolau, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", en *LL*, 1996-A-1245.

—, "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad e imagen", *LL*, 2007-B-1151.

Nieto, María B., "Derechos personalísimos y autonomía progresiva del menor de edad en Argentina: sus derechos a la intimidad, al honor y a la imagen" en Revista de Derecho, n.º 21 (enero-junio 2020), pp.89-115.

Oyhanarte, Marta; Kantor, Mora, "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad", en *Poder Ciudadano. Corrupción y Transparencia Informe 2014*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

Padilla, Miguel, "Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad", *LL*, 1998-F-911.

Pizarro, Ramón D., "Acerca de la responsabilidad de los medios de prensa, el derecho a la intimidad y la indemnización del daño moral", *JA*, 2001-II (abril-junio)-264.

—, "El derecho a la información y la intimidad de los funcionarios públicos", *JA*, 1998-II (abril-junio)-212.

—, "La responsabilidad por riesgo de empresa y los medios masivos de comunicación", *RDD*, 2006-3, *Creación de riesgo-I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 165-185.

Prosser, William, "Privacy", *California Law Review*, nº 48, 1960, pp. 383-423.

Reyna, Carlos Alejandro, "Responsabilidad por entrometimiento en la vida privada en el Código de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", *RDD*, 2014-2, *Problemática actual de la responsabilidad civil-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 293-346.

Rivera, Julio César, "Derecho a la intimidad", *LL*, 1980-D-918.

—, "Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente", *LL*,1985-B-114.

—, "Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial", en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/derechos-y-actos-personalisimos-en-elproyecto-de-codigo-civil-y-comercial.pdf (Consultado el 10-12-2016).

Rivera (h), Julio César, "El derecho a la intimidad como límite a la publicación de sentencias. Análisis crítico de la doctrina sentada en los casos 'P. A. c/ Arte Gráfico Editorial S.A.' y 'P. A. c/ Diario La Prensa' desde una perspectiva constitucional", *RDPC*, 2006-2, *Honor, imagen e intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 67-112.

Roca de Estrada, Patricia, "Derecho a la intimidad de niños, niñas, adolescentes, y medios de comunicación", *RDP*, 2002-1, *Derecho Procesal de Familia-II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 337-345.

Sagüés, Néstor P., "Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el 'choque de trenes'", *LL*, 22-11-2017, pp. 1-6.

—, "Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, T. 2, p. 966, en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/index/search/search?query=censura+judicial (Consultado el 20-2-2017).

Santi, Mariana, "Capacidad y competencias de las personas menores de edad en el Proyecto del nuevo Código Civil", *RDFP*, nº 10, *LL*, nov., 2012, p. 219.

Tobías, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", *LL*, 2008-A-620.

Vázquez Ferreyra, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", *LL*, 2015-C-726.

Vigo, Rodolfo L.; Herrera, Daniel A., "El concepto de persona humana y su dignidad", en *RDPC*, 2015-3, *Persona Humana*, Rubinzal-Culzoni, pp. 11-44.

Vuotto, Marcelo, "Hacia una redefinición de las funciones de la responsabilidad civil. La importancia de la prevención en el nuevo ordenamiento legal", *ED* (2015) 261-860.

Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The right to the privacy", *Harvad Law Review*, vol. IV, nº 5, 15-XII-1890, pp. 193-219.

Yurba, Gabriela, "La representación y asistencia de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. El rol del Ministerio Público", en *RDPC*, 20103, *Derechos del paciente*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 329-360.

Zambrano, Pilar; Cianciardo, Juan, "'Pérez Arriaga': La responsabilidad de los medios en la difusión de las sentencias judiciales", *ED* (1993) 154-966.

Zannoni, Eduardo, "El patronato del Estado y la reciente Ley *Nº* 26.061", *LL*, 2005-F-923.

Congresos y Jornadas

XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *Conclusiones Comisión 1. Parte General, Ley* Nº *26.579. Incidencia sobre las reglas generales de Capacidad*, Tucumán, 1-10-2011, en http://

jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/02/Ed-anteriores-27-XXIII-Jornadas-2011.pdf

IV Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, Tomo II, Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1971.